

UiO • **Det juridiske fakultet**

MASSEOPPSIGELSE R

Arbeidsmiljølovens § 15-2 «Informasjon og drøfting ved masseoppsigelser»

Kandidatnummer:659

Leveringsfrist:25.11.2013

Antall ord:16 289



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensning.....	2
1.3	Aktualitet	3
2	RETTSKILDEBILDET	5
2.1	Generelt om rettskilder	5
2.2	Arbeidsmiljøloven	5
2.2.1	Lovens målsetting	6
2.3	Direktiv	7
2.3.1	Historikk.....	9
2.4	Forarbeider.....	9
2.5	Rettspraksis.....	10
2.6	Tariffavtaler/kollektiv arbeidsrett.....	10
2.6.1	Offentlig ansatte	12
2.6.2	Statens tjenestemenn	12
2.7	Den videre fremstillingen	13
3	ARBEIDSMILJØLOVEN § 15-2.....	13
3.1	Aml. § 15-2 «Informasjon og drøfting ved masseoppsigelser».....	13
3.2	Bestemmelsens virkeområde	14
3.3	Bestemmelsens formål.....	15
3.4	Sentrale begreper og uttrykk.....	16
3.4.1	Masseoppsigelse.....	16
3.4.2	Arbeidsgiver	19
3.4.3	Arbeidstakerbegrepet	22
3.4.4	Arbeidsgivers styringsrett	23

3.4.5	Tillitsvalgte/rettighetssubjekt	24
4	SPEIELT OM VIRKSOMHETSBEGREPET	26
4.1	Begrepet virksomhet.....	26
5	INFORMASJON- OG DRØFTELSESPLIKT ETTER AML. § 15-2.....	36
5.1	Formålet med regelen	36
5.2	Hvem har ansvaret for å gjennomføre reglene i § 15-2 (2)?.....	37
5.3	Nærmere om oppsigelse grunnet virksomhetens forhold	39
5.4	På hvilket tidspunkt oppstår informasjon- og drøftingsplikten?	40
5.4.1	«Så tidlig som mulig»	40
5.5	Hvilken informasjon må arbeidsgiver gi?	44
5.5.1	«Alle relevante opplysninger»	44
5.6	Innholdet i drøftelsesplikten	46
5.6.1	Formålet	46
5.7	Redusere de uheldige sidene.....	47
5.7.1	Avtale for å unngå masseoppsigelser	Error! Bookmark not defined.
5.7.2	Overtakelse av bedriften/plikt til å drøfte videre drift	49
5.8	Meldeplikt til Arbeids- og velferdsetaten jf. arbeidsmarkedsloven § 8	50
5.9	Beslutningsnivåets betydning	Error! Bookmark not defined.
6	VIRKNINGER AV BRUDD PÅ INFORMASJONS- OG DRØFTELSESREGLENE	52
6.1	Generelle bemerkninger	52
6.2	Ugyldighetsvirkninger	54
6.3	Sanksjoner i norsk rett	55
6.4	Tvister om arbeidsforhold	Error! Bookmark not defined.
6.5	Straff jf. aml. § 19-1	57
7	KONKLUSJON/OPPSUMMERING	57

8	KILDER	61
8.1	Litteraturliste	61
8.2	Lover.....	61
8.2.1	Gjeldende lover:	61
8.2.2	Opphevede lover:	62
8.3	Forskrifter	63
8.4	Forarbeider.....	63
8.5	EØS-avtalen.....	64
8.6	Hovedavtalen	64
8.7	EØS-direktiv	64
8.8	Dommer	65
8.9	Internettider	67

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Temaet i denne oppgaven er informasjon og drøfting ved masseoppsigelser, og herunder det sentrale begrepet virksomhet i § 15-2 i lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (heretter aml./arbeidsmiljøloven).¹ Gjennom Direktiv 75/129/EØF som gjaldt tilnærming av medlemsstatenes lovgivning vedrørende masseoppsigelser, fikk vi i norsk rett for første gang regler for informasjon og drøfting ved masseoppsigelse. Norsk rett hadde ingen lovbestemmelser som påla arbeidsgiver å drøfte planlagte masseoppsigelser før gjennomføringen av Rådsdirektivet 92/56/EØF.² Men, etter Hovedavtalen mellom LO og NHO 1990-1993, skulle en bedrifts ledelse drøfte planer om ansettelser og oppsigelser med de tillitsvalgte.³ Aml. § 56A (som tilsvarende § 15-2 i någjeldende aml.) ble innført i norsk rett ved lov 27. november 1992 nr.1156. § 56A kom som følge av bestemmelser i et EF-direktiv som Norge ved tiltrædelsen av EØS-avtalen hadde forpliktet seg til.

Jeg ønsker her å redegjøre for begrepet virksomhet brukt i aml. § 15-2, som omhandler drøftelser ved en eventuell masseoppsigelse. Ulike typer fleksible organisasjonsformer kan føre til at ansvars og myndighetsforhold blir mer sammensatte. Måten virksomhetene organiserer seg på har endret seg i takt med endrede rammebetingelser og konkurransevilkår, og byr i dag på et sammensatt og komplisert bilde av ulike virksomhetssammenslutninger, samarbeidsordninger og nettverk i tillegg til de mer tradisjonelle virksomhetsorganiseringene. Dette kan føre til uoversiktlige myndighets- og ansvarsforhold. Det kan eventuelt

¹ Arbeidsmiljøloven/aml.

² Som erstattet Rdir75/129/EØF og som igjen er erstattet av Rdir98/59/EF

³ § 9-3 nr. 1c

også føre til at myndigheten til å treffe beslutninger som påvirker arbeidsmiljøet deles med eller ligger hos andre enn den som har det formelle arbeidsgiveransvaret.

1.2 Avgrensning

Enkelte arbeidsforhold faller helt utenfor arbeidsmiljølovens område. Dette gjelder særlig for sjøfartens arbeidsforhold, jf. aml. § 1-2 (2) a. Etter aml. § 1-2 (2) b er også militær luftfart unntatt, dette omfattes av luftfartsloven av 11. juni 1993 nr. 101.

Reglene i arbeidsmiljølovens kapittel 8 i gir svært generelle rammer for den enkelte virksomhet med hensyn til hvordan informasjonen og drøftingen skal gjennomføres. Aml. § 15-2 må i forhold til denne bestemmelsen anses som en spesialregel om informasjon og drøfting ved masseoppsigelser. Det avgrenses derfor mot kap. 8.

I aml. § 15-1 fastsettes en plikt til individuelle drøftinger ved opphør av arbeidsforhold. Denneplikten vil komme i tillegg til den kollektive informasjons- og drøftingsplikten. Jeg vil her kun vurdere § 15-1 der det er nødvendig i forhold til særreglene i § 15-2.

Aml. § 15-7 omhandler vern mot usaklig oppsigelse og knytter seg til årsaker både hos arbeidstaker, arbeidsgiver eller virksomheten. Det generelle saklighetskravet gjelder også for masseoppsigelser. Vurderingen av om en oppsigelse er saklig er knyttet til den enkelte arbeidstaker. Dette innebærer at selv der en arbeidsgiver sier opp mange samtidig, må det for hver enkelt arbeidstaker være en saklig grunn til oppsigelsen. Siden min oppgave er avgrenset mot materielle spørsmål, vil jeg avgrense mot aml. § 15-7. Jeg vil omtale bestemmelsen i den grad § 15-7 har betydning for tolkningen av aml. § 15-2.

Aml. kap.17 har særregler som kommer inn i tillegg til de alminnelige regler ved søksmål, jf. aml. § 17-1. I tillegg finnes det særlige regler om fortrinnsrett i aml. § 14-2 og rett til fortsatt å kunne stå i stillingen i aml. § 15-11. Disse vil jeg heller ikke omtale.

Jeg vil ikke behandle spørsmål som reiser seg i den kollektive del av arbeidsretten. Tariffavtaler inneholder dog regler om saksbehandling ved masseoppsigelser, slik at det vil være nødvendig å foreta en sammenlikning av disse reglene.

Jeg har valgt å avgrense oppgaven til å omhandle begrepet virksomhet i relasjon til § 15-2. Dette innebærer at jeg ikke forsøker å gi en allmenn definisjon av begrepet, og at begrepet i relasjon til andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven og annen lovgivning i hovedsak faller utenfor fremstillingen. Avslutning av arbeidsforholdet som skyldes arbeidstaker, skal ikke regnes med i antallet oppsigelser etter denne § 15-2. Dette betyr at arbeidstakers egenoppsigelse, arbeidsgivers oppsigelse av arbeidstaker på grunn av arbeidstakers eget forhold og avskjed ikke skal medregnes.

Permittering er et særnorsk tiltak, som har blitt til grunnet det sterke stillingsvernet vi har i Norge. Årsakene har vært bl.a. klimatiske utfordringer og ustabil råstofftilgang som har gjort det nødvendig med en midlertidig suspensjon av partenes plikter i arbeidsforholdet. Loven regulerer ikke permittering, men mange tariffavtaler har detaljerte permitteringsordninger. Mange andre land i Europa er helt ukjente med dette fenomenet. Jeg vil ikke drøfte permittering videre i oppgaven da det ikke er relevant i forhold til denne oppgaven.

1.3 Aktualitet

En masseoppsigelse er en spesialsituasjon, som kjennetegnes av at flere arbeidstakere vurderes sagt opp. F.eks. at en avdeling blir lagt ned i sin helhet, eller at en større omlegging finner sted som innebærer at flere arbeidstakere må sies opp. I dagens arbeidsliv er masseoppsigelse fjernt for de fleste her i Norge, men av og til er dette skjebnen til mange arbeidstakere. Bare de siste årene har vi sett at bedrifter i Norge har måttet gjennomføre masseoppsigelser, bl.a. Hurtigruten⁴, Pratt & Whitney⁵ og Den Norske Opera⁶. Nå frykter NHO-

⁴ NA24 (2013)

⁵ Hegnar (2012)

bedriftene at veksten i norsk økonomi stopper helt opp og tipper over i tilbakegang i mange deler av landet. De peker på årsaker som svake internasjonale konjunkturer og mindre innenlandsk etterspørsel.⁷

Det skapes stor usikkerhet angående jobbfremtiden for de berørte i en oppsigelsesprosess, og det er av den grunn viktig å få en klar forståelse av hvordan regelverket fungerer.

NOU 2010:1 drøfter utviklingen angående medvirkning i arbeidslivet i Europa, og viser til undersøkelser som er foretatt⁸: *«For det første ser man flere eksempler på at bedrifter finner smutthull i lovverket og ikke overholder de retningslinjer som foreligger knyttet til f. eks. nedlegging av virksomheter, forflytting av ansatte, kravet om å informere ansatte-representanter o.l. (Meil, Tengblad og Docherty 2009). Når vi ser på dagens arbeidsliv som en arbeidsarena hvor verdikjedene blir stadig lengre, og hvor restruktureringer er en kontinuerlig prosess hvis hensikt er å redusere kostnader, men også å møte markedsmessige krav om økt tilbud av varer og stadig bedre kvalitet på tjenestene som leveres, har avstanden mellom de som beslutter (ledere og eiere) og de som må møte de hverdagslige konsekvensene av endrede arbeidsforhold (arbeidstakerne), økt.»*

WORKS konkluderer videre med at verken fagforeninger eller samarbeidsutvalg har hatt særlig innflytelse over de beslutningene om restruktureringer som er fattet i de studerte virksomhetene.

Å få en klarere definisjon av virksomhetsbegrepet i aml. § 15-2 (2) er som beskrevet over blitt enda mer presserende ettersom arbeidslivet møter nye utfordringer. I Arbeidslivslovutvalget satt ned i forbindelse med arbeidet med ny arbeidsmiljølov, NOU 2004:5, kan vi også lese at dette var i fokus: «Globalisering, ny teknologi, og endrede konkurranseforhold

⁶ Dagsavisen (2013)

⁷ Dagens Næringsliv (2013)

⁸ NOU 2010:1 1.4 Henv. til det europeiske forskningsprosjektet WORKS (Work Organisation and Restructuring in the Knowledge Society) som er et forskningsprosjekt innenfor EUs 6. rammeprogram.

bidrar til at blant annet produksjonsmetoder, organisering av arbeid, omstillingsbehov og eierforhold endrer seg.»⁹

2 RETTSKILDEBILDET

2.1 Generelt om rettskilder

Arbeidsretten er i stor grad lovregulert, noe som bidrar til at arbeidsgivere og arbeidstakere enkelt kan finne frem til de gjeldende rettigheter og plikter. Aml. § 15-2 er en videreføring av § 56 A i den nå opphevede lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr.4. Tidligere forarbeider og praksis vil derfor også være av betydning ved tolkningen av den nye arbeidsmiljøloven.

2.2 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven av 2005 er et resultat av de tidligere arbeidervernlover, hvor spiren som senere utviklet seg til arbeidsmiljøloven av 1977 var Fabrikktilsynsloven i fra 1892. De prinsipper den bygget på og som senere er utviklet videre, har fått alminnelig gjennomslagskraft. Arbeidsmiljøloven (aml.) omfatter regler om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern. I kraft av samfunnsutviklingen er arbeidstakerbehovene blitt stadig bedre ivare tatt, og loven framstår i dag med et sterkt fokus på ivaretagelse av arbeidstakeren og dennes behov. Et trygt tilsettingsforhold er vesentlig for tillitsfullt samarbeid mellom partene, og garanti for at arbeidstakerne kan ta opp arbeidsmiljøspørsmål uten konsekvenser for deres stilling. Arbeidsretten er sterkt preget av det underordningsforhold som arbeidsavtalen medfører mellom bedriftsledelse og arbeidstaker, og av den tradisjonelt svakere forhandlingsposisjon som den enkelte ansatte har overfor den annen part. Av denne grunn preges

⁹ NOU 2004:5 s.25

arbeidsretten i betydelig grad av ufravikelig (preseptorisk) lovgivning. Arbeidsmiljøloven av 2005 erstattet arbeidsmiljøloven av 1977 med intensjon om å *“..forenkle og tydeliggjøre bestemmelsene og å vurdere hvilke virkninger de har på muligheten for å gjennomføre omstillinger som fremmer både verdiskapning og trygghet for arbeid og inntekt.”*¹⁰

De mest sentrale elementene i stillingsvernet har stått uforandret fra arbeidsmiljøloven ble vedtatt i 1977. Hovedregelen om fast ansettelse og prinsippet om at en oppsigelse krever saklig grunn, er ikke endret.

2.2.1 Lovens målsetting

Masseoppsigelse er regulert i lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005. Loven, som trådte i kraft 1.januar 2006, har som formål bl.a. jf. § 1 b

«å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet.»

Grunnsynet er at arbeidstaker skal være vernet mot den belastning en oppsigelse kan være, når det ikke foreligger særlige grunner for å si han opp. For å effektivisere oppsigelsesvernet er det i arbeidsmiljøloven gitt nærmere bestemmelser om formkrav hvor det er arbeidsgiver som går til oppsigelse av en arbeidstaker, jf. aml § 15-4, og regler om oppsigelsesfristens lengde som bare i noen grad kan fravikes ved avtale, jf. aml § 15-3. Vilkårene for oppsigelse fremgår av aml. § 15-7.

Forskrifter spiller en stor rolle ved siden av lovgivningens regler. I mange tilfelle trekker lovreglene bare opp en ramme for hvordan forholdet skal være, mens det nærmere innhold av lovreglene blir presisert gjennom utfyllende forskrifter.

¹⁰ NOU 2004:5 s.21

2.3 Direktiv

EØS-avtalen er en sentral folkerettslig avtale på dette området. Gjennom EØS-avtalen (Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde), som har til formål å utvide EUs indre marked til også å omfatte EFTA-statene, er Norge forpliktet til å implementere EUs regelverk i norsk rett. EU hadde på flere områder et høyere beskyttelsesnivå for arbeidstakere enn Norge da EØS-avtalen ble inngått. Reglene om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse¹¹, ved masseoppsigelser¹² og krav om skriftlige arbeidsavtaler¹³ er eksempler på at Norge har måttet styrke arbeidstakeres rettsstilling for å oppfylle EØS-avtalen. EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994, og er en folkerettslig avtale som er gjort til norsk lov ved lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet mv. (EØS-loven). De bygger på EFs Rådsdirektiv av 17.februar 1975 om tilnærming av medlemslandenes lovgivning om masseoppsigelser.¹⁴ I forbindelse med EØS-avtalen ble det foretatt en rekke lovendringer, bl.a. i arbeidsmiljøloven av 1977. Hvor det er gitt lovregler som svarer til konvensjonsbestemmelsene vil konvensjonsreglene få betydning for tolkningen av de norske reglene. De norske reglene vil i slike tilfelle, ut fra harmoniseringshensyn, tolkes slik at det blir overensstemmelse med det som følger av reglene i vedkommende konvensjon.

Formålet med masseoppsigelsesdirektivet er å styrke arbeidstakernes vern ved oppsigelse av flere arbeidstakere ved at arbeidsgivere skal drøfte oppsigelser med arbeidstakernes til-litsvalgte. Dette tar først og fremst sikte på å få til en avtale for å unngå oppsigelser. Lykkes ikke dette, skal man søke å redusere antall oppsigelser samt å lette virkningene av oppsigelsene. Direktivet av 1975 ble endret ved Rådsdirektiv 92/56/EØF av 24.juni 1992. Dette medførte en del endringer og tilføyelser i § 56A (gml. aml.) Bestemmelsene i paragrafen

¹¹ Aml. kap. 16

¹² Aml. § 15-2

¹³ Aml. § 14-5

¹⁴ 75/129/EØF, dette er tatt med som vedlegg 3 til ot.prp.nr.71 (1991-92)

er gitt for å gjennomføre i norsk rett de materielle reglene i de to direktivene. Ved tolkning kan det være nødvendig også å se på selve direktivteksten og de uttalelser EU-domstolen har kommet med om forståelsen av disse. Foranledningen¹⁵ til masseoppsigelsesdirektivet er den såkalte AKZO-saken fra 1973. AKZO var et nederlandsk/tysk multinasjonalt selskap som ved en omstrukturering skulle redusere bemanningen med 5000 arbeidstakere. Det hadde datterselskaper i flere medlemsland og kunne sammenligne kostnadene ved oppsigelser i de enkelte land for derved å oppnå den ønskede bemanningsreduksjon på den måten som var mest lønnsom for konsernet. Saken førte til krav om å etablere felles bestemmelser med et minimums beskyttelsesnivå for arbeidstakerne ved slike oppsigelser. Forhistorien og uttalelsene i innledningen til Direktivet antas å ha betydning for tolkningen av Direktivets bestemmelser og derved den norske lovteksten i den utstrekning den tilsikter å innføre EU-rettslig tolkning av Direktivet.

Direktivene har ikke til formål å harmonisere oppsigelsesvernet i medlemslandene, da de kun på et begrenset område medfører harmonisering. De er minimumsordninger, noe som betyr jf. Direktivets art. 5 at medlemslandene kan vedta lover med bedre rettigheter. I Norge har det medført at alle bedrifter uavhengig av størrelse er omfattet av loven, noe som er å gå lenger enn Direktivet.

Direktivendringen som kom i 1992¹⁶ innebar at også andre former for opphør av arbeidskontrakter som skjedde på arbeidsgivers initiativ, forutsatt at antallet oppsigelser er minst fem, skulle regnes med ved beregningen av antallet oppsigelser. De tillitsvalgte fikk nå rett til å konsultere med sakkyndig hvor de hadde behov for det. Videre skulle fra nå av Direktivet få anvendelse på tilfeller der en arbeidsgiver måtte gå til masseoppsigelser på grunn av en rettsavgjørelse. Etter at Direktivet ble endret har det blitt klart at arbeidsgiverens forpliktelser ikke blir borte av at virksomheten har en struktur på tvers av landegrensene.¹⁷

¹⁵ Blanpain (2008) s. 638

¹⁶ 92/56/EØF

¹⁷ NOU 1996:6, 3.17.1

I EU-retten legges det stor vekt på å beskrive formålet bak bestemmelsene, slik at ved fortolkning av EØS-relevante bestemmelser i arbeidsmiljøloven, må også dette vektlegges.¹⁸

2.3.1 Historikk

Tidligere hadde vi ingen bestemmelser i norsk rett som påla arbeidsgiver å drøfte planlagte masseoppsigelser. Slike regler fikk vi ved gjennomføringen av Direktivet i arbeidsmiljøloven. Sysselsettingsloven § 14¹⁹, påla imidlertid arbeidsgivere å melde oppsigelser av ti arbeidstakere eller mer til arbeidsformidlingen. Formålet var å kunne sette inn tiltak der det var nødvendig, og det er videreført i arbeidsmarkedsloven. Sysselsettingsloven § 14 er nå avløst av lov om arbeidsmarkedstjenester § 8 (arbeidsmarkedsloven²⁰).

Som følge av EUs direktiv om informasjon og konsultasjon²¹, som ble vedtatt 11. mars 2002, har arbeidsmiljøloven fått et eget kapittel 8 som ivaretar Norges plikt til å gjennomføre dette direktivet i norsk rett. De andre direktivene som regulerer informasjon og drøfting, som masseoppsigelsesdirektivet²², virksomhetsoverdragelsesdirektivet²³ og direktivet om europeisk samarbeidsutvalg²⁴, skal ikke berøres av dette direktivet. Deres funksjon er å inneholde spesialregler som skal gå foran de generelle reglene.

2.4 Forarbeider

§ 15-2 er en videreføring av § 56 A i aml. av 1977. Derfor vil også forarbeidene til denne loven være en kilde til forståelse og tolkning av reglene. De viktigste forarbeidene til bestemmelsen er Ot.prp.nr.71 (1991-1992) kapittel 3, som omhandler den første gjennomfø-

¹⁸ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 68

¹⁹ Lov om tiltak for å fremme sysselsetting av 27. juni 1947 nr.9- OPPHEVET

²⁰ Lov om arbeidsmarkedstjenester av 10.des 2004 nr. 76

²¹ 2002/14/EF

²² 98/59/EF

²³ 2001/23/EF

²⁴ 2002/14/EF

ringen av direktivbestemmelsene i norsk rett. Ot.prp.nr.78 (1993-1994) omhandler gjennomføringen av endringsdirektivet fra 1992, derfor kom det et endringsforslag i midten av 1994. Videre er det også uttalelser i senere forarbeider om forståelsen av reglene, for eksempel NOU 1996:6 om arbeidstakers stilling i konsernforhold. Forarbeidene til amtjl. Ot.prp.nr.62 (2003-2004) omhandler arbeidsmarkedstjenesteloven, deriblant lovens § 8. NOU 2004:5 og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) er de viktigste forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven. De siste forarbeidene har relativt få uttalelser om masseoppsigelsesreglene.

2.5 Rettspraksis

Det foreligger et lite utvalg dommer fra norsk rett av betydning for tolkning av § 15-2, i tillegg til noen fra lagmannsretten og arbeidsretten. Fra EU-domstolen foreligger noe mer materiale som kan hjelpe oss med å tolke reglene i masseoppsigelsesdirektivet og videre reglene i § 15-2.

2.6 Tariffavtaler/kollektiv arbeidsrett

Norsk arbeidsliv har sterke kollektive tradisjoner. I tillegg til saklighetskravet i arbeidsmiljøloven, kan arbeidsgiver således være bundet av en tariffavtale som sier noe om hvordan en nedbemanningsprosess skal gjennomføres, og etter hvilke kriterier. Tariffavtaler spiller en vesentlig rolle både for partenes gjensidige rettigheter og plikter i et arbeidsforhold, og for forholdet mellom tariffavtalens parter. Karakteristisk for en tariffavtale er at den fastsetter innholdet av de individuelle arbeidsavtaler som er eller blir omfattet av tariffavtalen, slik at det ikke kan avtales lønns- og arbeidsforhold ut over de rammer tariffavtalen fastsetter. Det nasjonale handlingsrommet har blitt mer begrenset ved at EØS-avtalen krever at flere av de spørsmål som tidligere ble regulert i tariffavtale nå må lovreguleres.²⁵

²⁵ NOU 2004:5 4.1.1

Tariffavtaler utvider det vernet arbeidstakerne har etter arbeidsmiljøloven. Som hovedregel er loven ufravikelig, jfr. aml. § 1-9, men det er forutsatt i forarbeidene at ordninger som gir bedre vern enn lovens minimum ikke vil være i strid med loven. Hovedavtalen mellom LO (Landsorganisasjonen i Norge) og NHO (Næringslivets Hovedorganisasjon) dominerer i norsk arbeidsliv, og setter også sitt preg på arbeidsretten. Hovedavtalen (HA) inngår som første del av alle tariffavtaler som de tilsluttede organisasjoner oppretter seg imellom. Innen staten har man en hovedtariffavtale, som inngås mellom staten og en eller flere av de forhandlingsberettigede hovedsammenslutninger av tjenestemennenes organisasjoner, jf. lov om offentlige tjenestetvister²⁶ av 18. juli 1958 nr. 2 (heretter tjtv.) Drøftingsplikt ved oppsigelser kan også være tariffavtalt, jf. f.eks. Hovedavtalen LO-NHO (2010-2013) § 10-2.

Etter Hovedavtalen mellom LO og NHO (1990-1993) skulle en bedrifts ledelse så tidlig som mulig drøfte sysselsettingsspørsmål, herunder planer om utvidelser og innskrenkninger, med de tillitsvalgte, jf. avtalens § 9-3 nr. 1c. Denne bestemmelsen er videreført i Hovedavtalen mellom LO og NHO (2010-2013) § 9-4. Drøfting skal i henhold til Hovedavtalen skje ved enhver innskrenkning uavhengig av hvor stor den planlagte innskrenkningen er, hvor mange som normalt sysselsettes i virksomheten, og innenfor hvilken tidsramme oppsigelsene planlegges.

Forholdene må legges til rette slik at de enkelte medarbeidere, eventuelt gjennom deres tillitsvalgte, kan få reell innflytelse på bedriftens alminnelige arbeid med bl.a. å øke effektiviteten, nedsette produksjonsomkostningene, bedre bedriftens konkurranseevne, utnytte ny teknologi og lette nødvendig omstilling.²⁷

Også tariffavtalene stiller krav til drøftinger før arbeidsgiveren går til oppsigelser og avskjed av ansatte. Ved oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgt følger det eksempelvis av Hovedavtalen LO-NHO § 6-11 femte avsnitt at: «... *før oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgt*

²⁶ Tjenestetvisteloven

²⁷ Hovedavtalen LO/NHO § 9-1

foretas skal spørsmålet drøftes med arbeidsutvalget, hvis ikke vedkommende motsetter seg det, eller dette vil virke krenkende overfor andre.» Bestemmelsen tilsvarer aml. § 15-1, men drøftelsene skal i disse tilfellene fortrinnsvis føres med hele arbeidsutvalget, eller dersom det dreier seg om en av arbeidsutvalgets medlemmer, resten av arbeidsutvalget.

Lov om arbeidstvister av 27. januar 2012 nr. 9²⁸, regulerer tariffavtalenes rettsvirkninger, og det forhandlings-, meklings- og konfliktløsningssystemet som knytter seg til tariffavtalene. Arbeidstvistloven gir regler om inngåelse, varighet og oppsigelse av tariffavtaler, og om forholdet mellom tariffavtalene og de individuelle arbeidsavtalene.

2.6.1 Offentlig ansatte

Lov om behandling i forvaltningssaker av 10.feb 1967²⁹ kommer til anvendelse ved oppsigelse, avskjed og suspensjon av offentlig ansatte arbeidstakere, jf. forvaltningsloven § 2, som bestemmer at slike beslutninger er enkeltvedtak. Er vedtak truffet på sviktende faktisk grunnlag, vil vedtaket kunne bli kjent ugyldig.

2.6.2 Statens tjenestemenn

Bestemmelsen får ikke anvendelse for statens tjenestemenn; jf. forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven § 1.³⁰

²⁸ Arbeidstvistloven/arbtvl.

²⁹ Forvaltningsloven/fvl.

³⁰ Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven § 1: «*Arbeidsmiljøloven §14-2, §14-4, §14-9 - §14-14, §15-1 - §15-9, §15-11 - §15-14, §15-16, §17-1 og §17-3 - §17-5 gjelder ikke for arbeidstakere som omfattes av lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. eller som er embetsmenn.*»

2.7 Den videre fremstillingen

Når det underveis i oppgaven vises til kun paragrafer, menes bestemmelser i arbeidsmiljøloven av 2005. Når det underveis i oppgaven vises til Direktivet, menes det masseoppsigelsesdirektivet 98/59/EF.

3 ARBEIDSMILJØLOVEN § 15-2

3.1 Aml. § 15-2 «Informasjon og drøfting ved masseoppsigelser»

«(1) Med masseoppsigelser menes oppsigelser som foretas overfor minst 10 arbeidstakere innenfor et tidsrom på 30 dager, uten at oppsigelsene er begrunnet i de enkelte arbeidstakernes forhold. Andre former for opphør av arbeidskontrakter som ikke er begrunnet i de enkelte arbeidstakernes forhold, skal tas med i beregningen såfremt minst fem sies opp.

(2) Arbeidsgiver som vurderer å gå til masseoppsigelser, skal så tidlig som mulig innlede drøftinger med arbeidstakernes tillitsvalgte med sikte på å komme fram til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte. Vurderer arbeidsgiver å legge ned virksomheten eller en selvstendig del av denne, og nedleggelsen innebærer en masseoppsigelse, skal også muligheten for videre drift drøftes, herunder om mulighetene for de ansattes overtakelse av virksomheten. Dersom oppsigelser ikke kan unngås, skal de uheldige sidene ved dem søkes redusert. Drøftingene skal omfatte mulige sosiale tiltak med sikte på blant annet støtte til omplassering eller omskolering av de oppsagte. Arbeidstakernes tillitsvalgte kan la seg bistå av sakkyndige. Arbeidsgiver har plikt til å innlede drøftinger selv om de planlagte oppsigelsene skyldes andre enn arbeidsgiver og som har beslutningsmyndighet overfor denne, f.eks. en konsernledelse.

(3) Arbeidsgiver har plikt til å gi tillitsvalgte alle relevante opplysninger, herunder skriftlig melding om:

- a) *grunnene til eventuelle oppsigelser,*
- b) *antall arbeidstakere som vil kunne bli oppsagt,*
- c) *hvilke arbeidsgrupper de tilhører,*
- d) *antall arbeidstakere som normalt er ansatt,*
- e) *hvilke arbeidstakergrupper som normalt er sysselsatt,*
- f) *over hvilken periode oppsigelsene vil kunne bli foretatt,*
- g) *forslag til kriterier for utvelgelse av de som eventuelt skal sies opp,*
- h) *forslag til kriterier for beregning av eventuelle ekstraordinære sluttvederlag.*

Meldingen skal gis tidligst mulig og senest samtidig med at arbeidsgiver innkaller til drøftinger. Tilsvarende melding skal også gis til Arbeids- og velferdsetaten, jf. arbeidsmarkedsloven § 8.

(4) Arbeidstakernes tillitsvalgte kan kommentere meldingen direkte overfor Arbeids- og velferdsetaten.

(5) Planlagte masseoppsigelser får tidligst virkning 30 dager etter at Arbeids- og velferdsetaten er underrettet. Arbeids- og velferdsetaten kan forlenge fristen i henhold til arbeidsmarkedsloven § 8 tredje ledd.»

Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven om informasjon til og konsultasjon med de ansatte i forbindelse med masseoppsigelser og virksomhetsoverdragelse samt reglene i lov om allmenngjøring av bestemmelser i tariffavtale om europeiske samarbeidsutvalg mv. (EØS-loven) er som tidligere nevnt i innledningen basert på EU-direktivene Rådsdirektiv 75/129/EØF, Rådsdirektiv 2001/23/EF og Rådsdirektiv 94/45/EF, som igjen er erstattet av Rådsdirektiv 98/59/EF.

3.2 Bestemmelsens virkeområde

Arbeidsmiljølovens oppsigelseskapittel er primært laget for opphør av individuelle arbeidsforhold. Aml. § 15-7 annet ledd er et uttrykk for at også oppsigelser som skyldes driftsinnskrenkning er omfattet av regelverket, men det er ikke blitt vektlagt ved utformingen av de enkelte bestemmelser. Senere har masseoppsigelses- og virksomhetsoverdragelsesdirektivet

ført til at enkelte regler om dette har blitt inkorporert, men det har ikke ført til en enhetlig regulering. Det er kun visse sider av en nedbemanningssituasjon som blir regulert av de nye reglene slik at kapittel 15 derfor må tilpasses nedbemanningssituasjonen så langt de passer. Beregningsregelen, som er tatt inn som et nytt ledd i Direktivets art. 1³¹, gir adgang til å telle med andre former for opphør enn oppsigelse, gitt at minst 5 arbeidstakere er sagt opp og til sammen minst 10 skal slutte. Eksempler på slikt opphør er avtaler om førtidspensjonering og tilfeller der arbeidstaker mot et vederlag fra arbeidsgiver selv sier opp sin stilling.³²

Direktivet definerer «*masseoppsigelse*» i forhold til antall oppsigelser over gitte tidsperioder. Det er flere alternativer og Norge har valgt alternativet 10 arbeidstakere over en periode på 30 dager, jf. art. 1.³³ Ut fra de norske lovforarbeidene har informasjons-, drøftelses- og meldepliktene nærmest vært sett på som «saksbehandlingsregler». Men de har også iflg. Stein Evju, som har drøftet følgene av **Sak C-188/03** (se under) i en artikkel i *Arbeidsrett og arbeidsliv* (2005)³⁴, en selvstendig materiellrettslig betydning.³⁵ Det understrekes av EU-domstolens dom av 27. januar 2005 i **Sak C-188/03 Irmtraud Junk mot Wolfgang Kühnel** (heretter **Junk-dommen**) som jeg vil komme tilbake til i punkt 5.5. Aml. § 15-2 medfører en ganske drastisk utvidelse av arbeidsgivers plikter i forhold til aml. § 15-1. Den pålegger en videre drøftelse og informasjonsplikt, og på et svært tidlig tidspunkt. §15-2 overlapper bestemmelsene i kap. 8, som gjelder for bedrifter med mer enn 50 ansatte.

3.3 Bestemmelsens formål

Bestemmelsene i § 15-2 pålegger arbeidsgiver som skal si opp et visst antall arbeidstakere å gi informasjon og foreta drøftelser og avtaleforhandlinger med representanter for arbeids-

³¹ 98/59/EF

³² Ot.prp.nr.78 (1993-1994) s.19

³³ 98/59/EF artikkel 1 a) i)

³⁴ Bind 1, hefte 3

³⁵ Evju (2005) s. 263

takerne (de tillitsvalgte). Dette for primært å søke å unngå oppsigelser, og subsidiært forsøke å redusere de uheldige sidene. Man ønsker med dette å lette følgene av oppsigelsene ved å anvende tilhørende sosiale tiltak, særlig med sikte på bistand til omplassering eller omskolering av oppsagte arbeidstakere.» Et annet formål med reglene er å sikre at offentlig myndighet (Arbeids- og velferdsetaten/heretter forkortet NAV) blir informert før masseoppsigelser blir satt i gang. NAV har en viss adgang til å gripe inn i oppsigelsesprosessen på arbeidsplassen.³⁶ For at saksbehandlingspliktene skal utløses må det foreligge en masseoppsigelsessituasjon som definert i aml. §15-2 (1). Hvis vilkårene i denne objektive definisjonen er oppfylt, foreligger det en masseoppsigelse i lovens forstand. Spørsmålene om de ulike pliktene utløses, på hvilket tidspunkt de utløses og hvilket innhold de har, må avgjøres på grunnlag av en tolkning av aml. §15-2 andre, tredje, fjerde og femte ledd.

3.4 Sentrale begreper og uttrykk

3.4.1 Masseoppsigelse

Aml. § 15-2 har flg. definisjon av masseoppsigelse:

«(1) Med masseoppsigelser menes oppsigelser som foretas overfor minst 10 arbeidstakere innenfor et tidsrom på 30 dager, uten at oppsigelsene er begrunnet i de enkelte arbeidstakers forhold. Andre former for opphør av arbeidskontrakter som ikke er begrunnet i de enkelte arbeidstakers forhold, skal tas med i beregningen såfremt minst fem sies opp.»

Begrepet «masseoppsigelse» er et EU-rettslig begrep, «*redunciancies*». Det kan være mange årsaker til at en bedrift må gjennomføre oppsigelser, ofte årsaker utenfor arbeidsgivers kontroll. Spørsmålet er da hvilke tilfeller som dekkes av masseoppsigelsesreglene?

Direktivet definerer begrepet masseoppsigelser i art. 1 slik:

³⁶ Arbeidsmiljøloven - kommentarutgave (2013) s.755

”masseoppsigelser, oppsigelser som foretas av en arbeidsgiver av en eller flere grunner som ikke kan tilskrives den enkelte berørte arbeidstaker, når oppsigelsene, etter medlemsstatenes valg, omfatter:

i) enten, innenfor en periode på 30 dager.

- minst 10 arbeidstakere i virksomheter som normalt sysselsetter flere enn 20, men færre enn 100 arbeidstakere,

- minst 10 % av antall arbeidstakere i virksomheter som normalt sysselsetter minst 100, men færre enn 300 arbeidstakere,

- minst 30 arbeidstakere i virksomheter som normalt sysselsetter 300 eller flere arbeidstakere,

ii) eller, innenfor en periode på 90 dager, minst 20 arbeidstakere uansett antall arbeidstakere som normalt er sysselsatt i den virksomhet det gjelder.”

Som nevnt i punkt 3.2 har Norge valgt alternativet med 10 arbeidstakere innenfor en periode på 30 dager.

For å tolke begrepet «masseoppsigelse» må man av mangel på definisjon, se til rettspraksis.

I **Sak C-383/92 EF-kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland** konkluderte domstolen med at begrepet slik det ble brukt i nasjonal lovgivning, ikke omfattet alle de tilfeller av masseoppsigelser som Direktivet var ment å ramme.

Det samme resultat kom domstolen til i **Sak C-55/02 EU-domstolen mot Portugal**. Konklusjonen var den samme som i **Sak C-383/92**, Portugals forståelse av begrepet masseoppsigelse var ikke dekkende nok. Den portugisiske regjeringen anførte at begrepet oppsigelse etter portugisisk rett var ikke oppsigelser som skyldtes konkurs, konkurslignende prosedyrer, ekspropriasjon, brann eller andre force majeure lignende forhold å anse som oppsigelser i Direktivets forstand, men automatisk bortfall av arbeidskontrakt. EF-domstolen fant³⁷

³⁷ Sak C-55/02, EU-kommisjonen mot Portugal, se særlig premiss 49, 62 og 66

at slike bortfall av arbeidskontrakter falt inn under begrepet oppsigelse i direktivet, og at direktivet derfor måtte gjelde for slike tilfeller, uavhengig av nasjonal definisjon av begrepet oppsigelse. Retten kom frem til at masseoppsigelser måtte forstås ut fra direktivets art. 1 nr.1. a):

“(…) ”kollektive afskedigelser” i direktivet sådanne afskedigelser, som foretages af en arbejdsgiver af en eller flere grunde, som ikke kan tilregnes arbejdstageren selv, for så vidt som visse kvantitative og tidsmæssige betingelser er opfyldt.”

Hva så hvis en virksomhet stanses på bakgrunn av en rettsavgjørelse, for eksempel konkurs?

Sak C-187/05 – C-190/05³⁸ gjaldt masseoppsigelse av 340 ansatte som ble sagt opp på generalforsamling hvor arbeidstaker samtidig besluttet å legge ned bedriften. Ingen informasjon eller drøfting hadde forekommet før dette tidspunkt, og de ansatte gikk da til sak. Spørsmålet var om masseoppsigelsesbegrepet ville ramme tilfeller der en bedrift frivillig innstilte driften. Retten presiserte i premiss 28, der de henviste til **Sak C-55/02** (omtalt ovenfor), og ga flg. definisjon av «*afskedigelse*»:

”Domstolen har uddybet begrebet ”afskedigelse”, idet den har anført, at begrebet har en fællesskabsretlig betydning og skal fortolkes således, at det omfatter ethvert ophør af en arbejdskontrakt, som ikke sker efter arbejdstagerens ønske og dermed uden arbejdstagerens samtykke.”

Retten fant at Direktivet kommer til anvendelse på kollektive oppsigelser som blir foretatt som følge av at arbeidsgiver beslutter å innstille driften av virksomheten med endelig virk-

³⁸ Georgios Agorastoudis and Others (C-187/05), Ioannis Pannou and Others (C-188/05), Kostandinos Kotsabougioukis and Others (C-189/05) and Georgios Akritopoulos and Others (C-190/05) v Goodyear Hellas ABEE.

ning. Denne konklusjon bekreftes av EF-domstolens rettspraksis for øvrig og av fortalen vil masseoppsigelsesdirektivet.³⁹ Et slikt tilfelle er heller ikke unntatt etter arbeidsmiljøloven, slik at reglene vil gjelde selv om rettsavgjørelser som årsak ikke er nevnt der.

Ikke bare er det virksomhetsbegrepet som skaper ulike tolkninger. Det hender det blir forviklinger på grunn av det danske begrepet «*afskedigelse*» også. Det har seg slik at det danske begrepet «*afskedigelse*» på norsk betyr oppsigelse, mens «*avskjed*» på norsk er synonymt med bortvisning på dansk. Forvirringen oppstår når det danske uttrykket afskedigelse identifiseres med avskjed på norsk. Av denne grunn kan det være fornuftig å lese direktivene og EU-dommer på flere språk for å unngå språklige misforståelser.

Bestemmelsens definisjon av masseoppsigelse er den samme som i arbeidsmarkedsloven § 8. Bestemmelsene omfatter alle ansatte, også de som er midlertidig ansatt, så lenge de planlagte oppsigelsene vil få virkning for disse. I tråd med den alminnelige avtalerett⁴⁰ bygger departementet på at fristen regnes fra oppsigelsestidspunktet, jf. § 15-4 (2) annet punktum.⁴¹

3.4.2 Arbeidsgiver

Direktivet har ikke definert arbeidsgiver, så man må ta utgangspunkt i definisjonen gitt i aml. § 1-8 (2), som sier flg.:

«Med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det som i denne lov er bestemt om arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten.»

Utgangspunktet, jfr. aml § 1-8, er at arbeidsgiver er den som er part i arbeidsavtalen med de arbeidstakere det er tale om. For at arbeidsmiljølovens regler om arbeidstaker og arbeidsgiver skal få anvendelse må det foreligge et arbeidsforhold mellom partene, jf. Henning

³⁹ 98/59/EF fortalen punkt 7, annet avsnitt

⁴⁰ Arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s.937

⁴¹ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s.69.

Jakhelln.⁴² Arbeidsmiljøloven bygger på et funksjonelt arbeidsgiverbegrep. Det skal blant annet «legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner..»⁴³ Dersom arbeidsgiver er en juridisk person, for eksempel et aksjeselskap, vil det være aksjeselskapet som er arbeidsgiver, og selskapet vil være ansvarlig for at bestemmelsene blir overholdt. Det samme gjelder for andelslag, stiftelser, statsforetak, stat, fylkeskommuner osv.⁴⁴ Det er ikke alltid klart hvem som er arbeidsgiver ut fra arbeidsforholdet. I **Rt.1996 s. 1696 (Trondheim Trafikkselskap)** fant retten det tvilsomt om avtalen skulle anses som en tariffavtale, altså en avtale mellom en arbeidsgiver og en fagforening som ble regulert av arbeidstvistloven, eller en avtale mellom to ulike virksomheter regulert av arbeidsmiljøloven. Avtalen gjaldt her de ansatte i Trondheim Trafikkselskap, mens det var kommunen som var part i avtalen. Problemstillingen var da at Trondheim kommune gjennom sitt eierskap hadde den avgjørende innflytelse i trafikkselskapet.

De fleste arbeidsgivere har som formål å oppnå økonomisk gevinst, men hos noen virksomheter er ikke penger drivkraften. Vil de da bli forpliktet som «*arbeidsgivere*» etter arbeidsmiljøloven?

Problemstillingen ble behandlet i **Sak C-32/02 EU-kommisjonen mot Italia**. Etter italiensk lovgivning var personer, organer og innretninger hørende under privat eller offentlig rett som ikke tilstrebet å oppnå økonomisk gevinst, ikke omfattet av reglene om masseoppsigelser. I premiss 26 slår domstolen fast at begrepet «*arbeidsgiver*» i art. 1 a) i masseoppsigelsesdirektivet omfatter også arbeidsgivere, som i forbindelse med deres virksomhet ikke oppnår økonomisk gevinst. Den motsatte konklusjon ville være i strid med Direktivets formål fastslo EU-domstolen.

I mange tilfeller er det ikke vanskelig å avgjøre hvem som er arbeidsgiver, for eksempel hvor en mindre bedrift eies og drives av en personlig ansvarlig innehaver. Drives virksom-

⁴² Jakhelln (2006) s.22 flg.

⁴³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.76

⁴⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 74

heten av flere personer i fellesskap, vil de alle være arbeidsgivere overfor de ansatte, og blant annet ha et solidarisk ansvar for arbeidstakernes lønnskrav. For slike tilfeller fastsetter arbeidsmiljøloven § 1-8 (1) at bare én av deltakerne i fellesskapet anses som arbeidsgiver, og melding om hvem dette er skal sendes Arbeidstilsynet. Det understrekes av arbeidsmiljøloven at det er et krav om klarhet og notoritet angående hvem som er arbeidsgiver. Det er arbeidsgivers plikt å sørge for avklaring rundt hvem som er arbeidsgiver, jf. **Rt. 1993 s. 954**.⁴⁵ Er det en juridisk person som eier og driver virksomheten vil det være den juridiske person som er arbeidsgiver, mens arbeidsgiverfunksjonene vil utøves av den juridiske persons organer eller andre som kan opptre på dennes vegne. Arbeidsgiver vil være vedkommende aksjeselskap, andelslag, stiftelse, statsforetak, stat, fylkeskommune eller kommune osv. I aksjeselskaper vil arbeidsgiverfunksjonene utøves av aksjeselskapets generalforsamling, bedriftsforsamling, styre, administrerende direktør osv. I tilfeller hvor aksjonærene i et aksjeselskap arbeider i ledelsen av selskapet, og hvor verken eller omstendighetene for øvrig peker ut hvem som er arbeidsgiver, kan det oppstå tvil om det er aksjeselskapet eller enkeltpersoner som er arbeidsgiver. I dommen nevnt ovenfor fra 1993⁴⁶ hadde to ektefeller overtatt ledelsen av restaurantdrift, hvor så de opprettet et aksjeselskap. Før de opprettet aksjeselskapet inngikk de arbeidsavtale med flere servitører, men disse ble senere sagt opp. Servitørene anla oppsigelsessak mot arbeidsgiver, som de mente var ekteparet. Høyesterett viste i sine anførsler til at det var av sentral betydning for en arbeidstaker å kjenne til hvem som er arbeidsgiver, og at arbeidsgiver hadde en plikt til å sørge for nødvendig avklaring om dette. Ut fra en konkret bevismessig vurdering ble lagt til grunn at de to saksøkte måtte anses for å ha drevet virksomheten personlig og vært arbeidsgivere.

3.4.2.1 Den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten

For sammenhengens skyld nevnes også at det som i loven er bestemt om arbeidsgiver får tilsvarende anvendelse for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten, jf. den

⁴⁵ Side 957

⁴⁶ Rt. 1993 s. 954

generelle bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 1-8 (2), jf. også straffebestemmelsen i § 19-1. Bestemmelsene har først og fremst betydning for lovens krav til arbeidsmiljø m. v. I aksjeselskaper vil ikke bare styret og administrerende direktør ha dette ansvar, men også andre med lederfunksjoner, avhengig av de fullmakter den enkelte har. I **Rt. 1990 s. 419** ble både et bygningsteknisk konsulentfirma, dets daglige leder og byggeplassingeniøren ansett som arbeidsgivere overfor frivillige medlemmer av et korps som var engasjert til å rive et bygg der det var fare for asbest.

3.4.3 Arbeidstakerbegrepet

Av alternativene i Direktivets art.1 nr. 1. a) fremgår det at det er antall arbeidstakere som avgjør hvorvidt bestemmelsen blir gjeldende. I art.1 nr.1 b) står det videre at det er «*arbeidstakerne*» som har rett til representasjon. Direktivet inneholder utover dette ikke noe definisjon av begrepet, noe man kan finne i arbeidsmiljøloven.

Arbeidstaker er definert i aml. § 1-8 (1) som

«enhver som utfører arbeids i annens tjeneste.»

Som hovedregel må en arbeidstaker være ansatt hos arbeidsgiveren. Arbeidslivslovutvalget⁴⁷ sier flg. om arbeidstakerbegrepet:

«En fremtredende karakteristika ved arbeidsavtalen er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet. Dette gir seg utslag i særlig to særtrekk. Arbeidstakeren er normalt økonomisk avhengig som lønnsinntaker og står i et organisatorisk avhengighetsforhold som innebærer underordning i forhold til arbeidsgiver.»

Ved avgrensningen av arbeidstakerbegrepet må en rekke momenter avveies mot hverandre, og det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet. Forar-

⁴⁷ NOU 2004:5 10.5.1

beidene trekker opp en del momenter det skal legges vekt på i vurderingen, bl.a. om arbeidet skal utføres personlig, om arbeidet skjer underordnet den annens ledelse, hvem har risikoen for resultatet, får arbeidstakeren vederlag osv. Ved helhetsvurderingen mener Jakhelln i *Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) at man kan samle momentene i tre grupper; momenter knyttet til risikofordeling, instruksjons- og styringsrett/momenter knyttet til personlig arbeidsplikt, samt momenter knyttet til utstyr og driftsmidler.⁴⁸

Direktivet har i artikkel 1 bestemmelser om hvilke arbeidstakergrupper som omfattes av dets bestemmelser. Det er gjeldende rett jf. **Sak C-187/05** (se pkt. 3.4.1) at de fire unntakene i Direktivets art. 1 nr. 2 er uttømmende⁴⁹, hvilket betyr at direktivet ikke omfatter oppsigelser av midlertidig ansatte før ansettelsestiden er ute, offentlige tjenestemenn eller sjømenn. Dette er videreført i aml. § 15-2. (se pkt. 3). Kommunaldepartementet har også tolket Direktivets artikkel 1 nr. 2 b) i forarbeidene⁵⁰ slik at § 15-2 omfatter midlertidige ansettelser, så lenge de planlagte oppsigelsene vil få virkning for de midlertidig ansatte.

3.4.4 Arbeidsgivers styringsrett

Rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker kan være grunnlagt gjennom individuelle arbeidsavtaler, med grunnlag i tariffavtaler og lovgivning. Arbeidsgiver har styringsrett i form av bl.a. rett til å lede og fordele arbeid. Dette er også akseptert i tariffavtaler. Gjennom styringsretten har arbeidsgiver adgang til å inngå og si opp arbeidsavtaler, men de er undergitt de preseptoriske⁵¹ reglene i arbeidsmiljøloven. Gjennom en arbeidsavtale får arbeidstakeren plikter som arbeidsplikt, lojalitetsplikt og lydighetsplikt. Arbeidsgiveren får plikter i form av omsorgsplikt, lønnsplikt og sysselsettingsplikt. Noen «fri» styringsrett for arbeidsgiver er det ikke tale om. Den er strengt regulert gjennom blant annet lov, tariffavta-

⁴⁸ Arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 62

⁴⁹ Sak C-187/05, Agorastoudis m.fl mot Goodyear Hellas, premiss 29

⁵⁰ Ot.prp. nr. 71 (1991–92) s. 11

⁵¹ Aml. § 1-9 (ufravikelighet)

le og den individuelle arbeidsavtale.⁵² I tillegg er styringsretten også begrenset av kravet til forsvarlig saksbehandling, jf. Kårstø-dommen.⁵³ Dommen slo også fast at ettersom styringsretten må utøves innenfor rammen av disse rettsgrunnlagene, betegnes den ofte som en restkompetanse.⁵⁴

3.4.5 Tillitsvalgte/rettighetssubjekt

Plikten til informasjon og drøfting gjelder i forhold til tillitsvalgte i virksomheten. Hvem som skal regnes som tillitsvalgt eller representant for arbeidstakerne bør i følge forarbeidene⁵⁵ avgjøres etter en fortolkning av den enkelte bestemmelse. Det avgjørende skal fortsatt være om de arbeidstakere som berøres av de konkrete spørsmål det er tale om, er representert. Departementet presiserer at «tillitsvalgt» ikke skal forstås snevert⁵⁶ som bare representanter for arbeidstakere som er organisert i tradisjonelle fagforeninger /fagforbund og som er valgt i henhold til en tariffavtale som virksomheten er bundet av. Begrepet «tillitsvalgte» omfatter ikke bare organisasjonstillitsvalgte, men også andre representanter, for eksempel verneombud, ad-hoc sammenslutning eller personer uten organisasjonsmessig tilknytning. Mange bedrifter har tillitsvalgte, men særlig mindre bedrifter uten organisasjonstilhørighet kan mangle dette. Er dette da en plikt som er pålagt bedriften å sørge for? Har det ikke blitt valgt tillitsvalgte i virksomheten, må arbeidsgiveren informere og drøfte med representanter for de ansatte, og det er arbeidsgiveren som har ansvaret for at drøftingsplikten overholdes.

I Direktivet heter det i art.1 nr. 1 bl.a.:

«I dette direktiv... b) forstås ved repræsentanter for arbejdstagerne, de repræsentanter for arbejdstagerne, som har denne funktion i henhold til lovgivning eller praksis i medlemsstaterne.»

⁵² Se bl.a Henning Jakhell (2006) s. 49.

⁵³ Rt. 2001 s. 418 (s. 427)

⁵⁴ Rt. 2001 s. 418 (s. 427)

⁵⁵ Ot. prp. nr 49 (2004-2005) s. 121

⁵⁶ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 312

Av **EU-domstolens Sak C-383/92 mot Storbritannia** synes det å kunne utledes et prinsipp om at det påligger medlemsstatene å sørge for at det blir utpekt representanter for de ansatte. Dette var etter EU-domstolens mening i strid med Direktivet, selv om Direktivet ikke hadde regler som direkte omhandlet oppnevning av arbeidstakerrepresentanter. De uttalte i premiss 25:

«Direktivet sikrer ganske vist kun en delvis harmonisering af reglerne om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af kollektive afskedigelser.⁵⁷ Der tilsigtes derfor ikke med direktivet en harmonisering af alle de nationale ordninger med hensyn til arbejdstagerrepræsentation i virksomheden. Imidlertid kan en sådan begrænset harmonisering ikke fratage bestemmelserne i direktivet, herunder i artikel 2 og 3, deres effektive virkning. Den kan navnlig ikke være til hinder for, at medlemsstaterne er forpligtet til at træffe alle de fornødne foranstaltninger til, at der udpeges arbejdstagerrepræsentanter med henblik på at opfylde de i direktivets artikel 2 og 3 fastsatte forpligtelser.»

Fra et rettslig ståsted er nok den beste løsningen at det i bedrifter uten representanter i slike tilfeller velges representanter for anledningen. Å pålegge Arbeidstilsynet å kontrollere og eventuelt sanksjonere på grunnlag av dette, vil kreve midler som kanskje burde vært brukt på mer presserende saker av større viktighet.

Jf. § 15-2 (2) femte punktum har de tillitsvalgte anledning til å la seg bistå av sakkyndige, noe de i tilfelle må bekoste selv.⁵⁸

⁵⁷ Henvisning til Sak C-284/83, Nielsen & Søn

⁵⁸ Ot.prp.nr. 90 (1993-1994) s. 2

4 SPESIELT OM VIRKSOMHETSBEGREPET

4.1 Begrepet virksomhet

Før arbeidsmiljøloven av 1977 kom, var det begrepet «*bedrift*» som ble brukt om virksomheter. Begrepet ble tolket svært utvidende, da det omfattet også bl.a. offentlig forvaltning. Det var ikke hensikten med en realitetsendring selv om man skiftet til «*virksomhet*». Men virksomhetsbegrepet hadde naturlig nok et bredere nedslagsfelt rent språklig enn hva bedriftsbegrepet hadde. Jf. forarbeidene til arbeidervernloven av 1936 var den nedre grense for bedriftsbegrepet at det var en «ordnet bedrift».⁵⁹ Momenter ved bedømmelsen av om noe var en «*bedrift*» var bl.a. virksomhetens varighet og betydning. Videre ble det uttalt at:

”Rent tilfeldige, løse og forbigående arbeidsforhold vil således efter nærværende utkast ikke komme inn under dets bestemmelser.”

Begrepet virksomhet vil omfatte både industrielle bedrifter, transportvirksomhet, bygg- og anleggsvirksomhet, forretningsvirksomhet, offentlig forvaltning og immateriell virksomhet. I **Sak C-108/10**⁶⁰, en dom om virksomhetsovertagelse av rengjøringspersonell fra lokal myndighet til staten, ble virksomhetsbegrepets rekkevidde drøftet.

Dommeren uttalte i premiss 42:

”Begrebet ”virksomhed” som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187⁶¹ omfatter en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, uafhængigt af den pågældende enheds retlige form og finansieringsmåde. En sådan enhed udgøres af en helhed af personer og

⁵⁹ Ot.prp. 31 (1935) s. 7 flg

⁶⁰ Sak C-108/10, Ivana Scattolon mot Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca

⁶¹ 77/187/EØF, Rådsdirektiv om virksomhetsoverdragelse

aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål, og som er tilstrækkelig struktureret og selvstændig.

Videre anfører han i premiss 43:

” Begrebet ”økonomisk virksomhed”...omfatter enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked.”

Jf. forarbeidene til arbeidervernloven av 1936 var det ikke et krav at virksomheten ble drevet med formål om å tjene penger. Dette går igjen i art. 1 i EFs Rådsdirektiv om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse⁶².

*”Dette direktiv finder anvendelse på offentligretlige og privatretlige virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de opererer med gevinst for øje.”*⁶³

Som vi kan lese ut av dommen i **Rt. 1992 s. 1055** er dette prinsippet fortsatt ført videre i norsk rett. Her antok Høyesterett kjæremålsutvalg at et støttesenter mot incest måtte regnes som virksomhet etter lovens § 2 i den utstrekning det sysselsatte arbeidstakere, selv om senteret hadde en relativt løs struktur. Det spilte ingen rolle om virksomheten ble drevet ervervsmessig eller ikke. Dette viser også at virksomhetens art og formål ikke er avgjørende for lovens anvendelse. I **EU-domstolen mot Italia, Sak C-32/02**⁶⁴ (se pkt 3.4.2), ble Kommisjonens tolkning av «arbeidsgiver» lagt til grunn, og det ble slått fast at informasjons- og drøftelsesbestemmelsen gjaldt alle arbeidsgivere uavhengig av om de driver virksomhet med økonomiske formål. Det er altså ikke et krav om at virksomhetene må ha som formål å få økonomisk gevinst, men hva med de som i utgangspunktet ikke driver en økonomisk virksomhet overhodet, slik som for eksempel idrettslag og skolekorps? I en dom fra

⁶² 2001/23/EF

⁶³ Art. 1 nr. 1. c)

⁶⁴ Premiss 20

1992⁶⁵ ble Nordstrand Idrettsforening tatt for å være en virksomhet, som måtte forholde seg til arbeidsmiljøloven og dens regelverk. Av rettspraksis må man derfor tolke det dit hen at det ikke er et krav om at virksomheten drives av formålet om økonomisk gevinst.

Virksomhetsbegrepet er ikke nærmere definert i arbeidsmiljøloven slik arbeidsgiver og arbeidstager er.⁶⁶ Arbeidsmiljølovens virksomhetsbegrep angir først og fremst virkeområdet for loven. Av aml. § 1-2 følger det at loven gjelder for «... *virksomhet som sysselsetter arbeidstagere..*»

En rent språklig definisjon vil være en organisasjon som produserer varer eller tjenester. Arbeidsgiver og virksomhet sysselsetter begge arbeidstakere, så problemstillingen blir da å definere hva den øvre og nedre grense for virksomhet er. Dette er avgjørende for arbeidstakernes rettsstilling ved f.eks. masseoppsigelse. Begrepet har fått sitt innhold bestemt gjennom lovens forarbeider, rettspraksis og administrative vedtak. Forskjellig fra virksomhetsbegrepets nedre grense er spørsmålet om hvilke rettigheter og plikter som følger av det å drive en virksomhet. Det må uansett legges til grunn at arbeidsmiljøloven opererer med begrepet i en rekke sammenhenger, og at det derfor blir et spørsmål om tolkning av de enkelte bestemmelser når dette spørsmål skal besvares, jf. Henning Jakhelln⁶⁷.

Et eksempel på den nedre grense for hva som blir ansett som virksomhet har vi i **Rt. 1981 s.899**. En snekker som var engasjert til å oppføre et tilbygg til et bolighus, ble oppsagt av byggherren. Snekkeren gikk til søksmål ved byretten om erstatning for usaklig oppsigelse. Byretten avviste saken, og snekkerens kjæremål til Arbeidsretten ble forkastet, idet det ble antatt at det ikke var etablert noen virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand, jfr. § 2 nr. 1.

Virksomhetsbegrepet er sentralt i arbeidsmiljøloven, og er benyttet i en rekke sammenhenger, jf. f.eks. § 15-3 om oppsigelsesfrister og beregning av tilsetningstid, § 15-7 om opp-

⁶⁵ Rt. 1992 s. 550

⁶⁶ Se legaldefinisjoner i aml. § 1-8

⁶⁷ Jakhelln (2006) s.38

sigelse ved driftsinnskrenkninger eller rasjonalisering, § 14-2 om fortrinnsrett til ny stilling og § 16-1 om overføring av virksomhet. Hovedregelen er at arbeidstakers rettigheter er knyttet til den enkelte virksomhet. Som alminnelig regel vil avgrensningen av virksomhetsbegrepet falle sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver.⁶⁸ Utgangspunkt og hovedregel er at styringsretten etter arbeidsavtalen og ansvaret for en arbeidstakers arbeidsmiljø mv. ligger hos den fysiske eller juridiske person som har ansatt vedkommende for å utføre arbeid i sin tjeneste, dvs. arbeidsgiver. Styringsretten og ansvaret knytter seg til arbeidsgivers virksomhet.⁶⁹ Det er arbeidsgiver som har rett til å lede, fordele og kontrollere det arbeid som utføres i virksomheten, herunder retten til å fastsette hvordan dette arbeid organisatorisk og driftsmessig skal legges opp.

En dom som understreker dette og som er et sterkt argument for at utvidede betraktninger er det rette⁷⁰, er **Rt. 1998 s. 1357 (Furuseth)**. En arbeidstager i Oslo kommune var ansatt i heltidsstilling i en etat/bydel, men innehadde samtidig deltidsstilling i en annen av kommunens bydeler/etater. Etter at han var oppsagt, krevde han i tillegg overtidsgodtgjørelse for arbeidet i deltidsstillingen. Han anførte at hans krav var utløst av at han etter avtale med én arbeidsgiver hadde arbeidet ut over normal arbeidstid og fikk medhold under dissens 3-2. Oslo kommune, og ikke den enkelte etat, var arbeidsgiver i forhold til arbeidstidsbestemmelsene. Dette var avgjørende for om arbeidet i deltidsstillingen var overtidsarbeid i lovens forstand. Det var ikke krav om uttrykkelig pålegg om å arbeide overtid, men tilstrekkelig at det forelå avtale om arbeid i deltidsstillingen og at vedkommende myndighet var klar over at arbeidstageren også hadde arbeid i heltidsstillingen.

Høyesterett anførte i sine premisser at:

«Jeg legger til grunn at det foreligger en etablert rettsoppfatning om at kommunen eller fylkeskommunen er å anse som én arbeidsgiver i forhold til arbeidsmiljølovens regler.

⁶⁸ NOU 2004:5 10.4.1

⁶⁹ NOU 2004:5 10.3.2 s.146

⁷⁰ Johansen (2006) s. 250

Denne rettsoppfatning er riktignok særlig knyttet til oppsigelsesvernet i § 60 nr 2 og § 67, men den må også gjelde i forhold til reglene om arbeidstid. (...) Men liknende betraktninger kan også gjøres gjeldende når det gjelder andre større kommuner eller bedrifter, og jeg har vanskelig for å se at det her kan foretas noen avgrensning uten positiv hjemmel.⁷¹»

Videre kom retten til at:

«Furuseths ekstraarbeid ble imidlertid utført for en annen etat i kommunen enn hans hovedstilling. Når arbeidsgiverfunksjonen – og dermed styringsretten – er delegert til den enkelte etat, vil den reelle situasjon for arbeidstakeren til dels være en annen. Det vil vanskelig kunne tenkes at det foreligger press fra arbeidsgiveren om ta arbeid i en etat hvor styringsretten utøves av andre personer. Jeg er imidlertid blitt stående ved at dette moment ikke her kan være avgjørende. Det avgjørende må være at avtalen er inngått med personer som hadde myndighet på vegne av kommunen som arbeidsgiver til å inngå slike avtaler. En forutsetning for at det skal kunne kreves overtidsbetaling er, som nevnt, at overtidsarbeidet utføres i forståelse med arbeidsgiveren. I dette tilfellet var de som inngikk avtalene om ekstraarbeid med Furuseth kjent med at han var ansatt i en hovedstilling i kommunen.»⁷²

Siden en legaldefinisjon ikke finnes av begrepet «virksomhet» kan begrepet ha ulike betydninger i de forskjellige sammenhenger hvor det benyttes. Begrepet «virksomhet» må som hovedregel tolkes som hele arbeidsgiverens organisasjon.⁷³ Hensynet til harmoni i regelverket taler for at man legger den forståelse av virksomhet til grunn ved tolkning av informasjonsbestemmelsen. I **LB-1999-02678** og Holo m.fl. *Arbeidsmiljøloven med kommentarer* (2006)⁷⁴ fremholdes det at det nærmere innhold beror på en konkret vurdering av den

⁷¹ Side 1364

⁷² Rt. 1998 s. 1357 (s.1365)

⁷³ Ot. prp. 64 (2001-2002) 3.3.1

⁷⁴ Holo m.fl. (2006) s.54 og 110

enkelte bestemmelse som anvender begrepet. I dommen nevnt over⁷⁵ fremgår dette uttrykkelig. Dommen henviser bl.a. til **Furuseth-dommen**⁷⁶, og gjaldt gyldigheten av pålegg fra arbeidstilsynet til Oslo kommune om at det velges et sentralt hovedverneombud og opprettes et sentralt arbeidsmiljøutvalg. (som en samlet virksomhet i forhold til den daværende arbeidsmiljøloven §§ 23 og 25⁷⁷). Oslo kommune anførte at etatene måtte anses som egne virksomheter. Lagmannsretten var uenig i dette og gav Staten v/ kommunal- og regionaldepartementet medhold. Her fremholdes det at det er klart at:

«... virksomhetsbegrepet er nært knyttet til arbeidsgiverfunksjonen, slik at man som utgangspunkt må anse hele arbeidsgiverens organisasjon som én virksomhet. Hvordan den enkelte kommune har organisert seg med hensyn til delegering av arbeidsgiverfunksjoner, kan ikke være avgjørende. (...) Den konkrete avgrensning må bero på fortolkning av de aktuelle verneregler (her § 23 og § 25, min anmr.) og de hensyn som bærer dem.»

Hvordan begrepet «*virksomhet*» skulle forstås ved tolkning av arbeidsmiljøloven, måtte altså avgjøres konkret i forhold til bestemmelsenes formål. Virksomhetsbegrepet uttrykker den aktivitet arbeidsgiver og arbeidstaker i fellesskap bedriver.

Dersom en virksomhet er organisert med hovedkontor og avdelingskontorer, som kan være geografisk spredt over et større område eller hele landet, er det etter loven eller forarbeidene ikke klart om så vel hovedkontor som avdelingskontorene må regnes som en samlet virksomhet, eller om hovedkontor og de enkelte avdelingskontorer er å anse som forskjellige virksomheter i forhold til de ulike bestemmelsene i loven. Utvalget i NOU 1996:6, om arbeidstakers stilling i konsernforhold, drøfter spørsmålet om hvordan dette skal bedømmes når morselskapet i en rasjonaliseringsprosess lar en nedbemanningsprosess følge i flere selskaper. Dersom et foretak er organisert gjennom filialer, som hver utøver selvstendig

⁷⁵ LB-1999-02678

⁷⁶ Rt. 1998 s. 1357

⁷⁷ Ny aml.lov: henh. § 7-1 (Plikt til å opprette arbeidsmiljøutvalg) og § 6-1 (Plikt til å velge verneombud)

arbeidsgiveransvar, må hele foretaket vurderes under ett selv om filialene er geografisk spredt.⁷⁸

I forarbeidene til ny skipsarbeiderslov NOU 2012:18, "Rett om bord", påpekes det at virksomhetsbegrepet «*betegner referanserammen*» for arbeidsgivers plikter i arbeidsmiljøloven.⁷⁹ De mener videre at i utgangspunktet må «*virksomheten*» jf. aml. utgjøre rettssubjektet som har inngått arbeidsavtalen, altså arbeidsgivers virksomhet. Det brukes som eksempel at det beror på adgangen til oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak om «*arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker*», jf. aml. § 15-7 (2). Rettspraksis bekrefter at dette er hovedregelen, og at begrepet må tolkes konkret. Men; det er også eksempler på den motsatte tolkning av Høyesterett, bl.a. i **Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä)** hvor retten kom til at både morselskap og datterselskap hadde arbeidsgiveransvar siden arbeidsgiverfunksjonene måtte anses delt mellom begge selskaper.

I **Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-Norge)** ble det akseptert at en mindre del av arbeidsgivers virksomhet ble vurdert for seg under en nedbemanningsprosess. Retten pekte blant annet på at «*virksomheten var opphørt*» når det kun var enkelte filialer, og ikke arbeidsgivers samlede virksomhet, som var lagt ned. Dommeren nevnte også i sine premisser at ansettelsesmyndigheten var tillagt avdeling.⁸⁰

Mindretallets uttalelse (dissens 4-1) i **PPD-senter-dommen**⁸¹ kan også merkes. Samarbeidskommunene som hadde opprettet et PPD-senter ble frifunnet for arbeidsgiveransvar. I motsetning til **Rt. 1993 s. 954** (omtalt i pkt. 3.4.2) la flertallet her mindre vekt på klarhetskriteriet, mens den dissenterende dommeren mente at det var grunn til å vektlegge arbeidstakers forventning til hvem som var å anse som arbeidsgiver. Dommen har i ettertid

⁷⁸ NOU 1996:6 3.17.3

⁷⁹ NOU 2012:18 7.5.7

⁸⁰ S. 782

⁸¹ Rt. 1997 s. 623

blitt kritisert av Bernt m.fl. i *Kommunalrett*.⁸² Utvalget i NOU 1996:6⁸³ anså at adgangen til å organisere virksomheter på forskjellige måter måtte anses som en del av arbeidsgivers styringsrett. På den annen side mente flertallet, som det ble vektlagt av mindretallet i **Rt. 1993 s. 954**, at det grunnleggende arbeidsrettslige synspunkt måtte være at arbeidstakernes rettsstilling beror på de underliggende og reelle forhold, ikke på foretaksstrukturen.

Virkeområdet for § 15-2 er i utgangspunktet begrenset av lovens virksomhetsbegrep i § 1-2, men det kan være at dette ikke faller helt sammen med det som er lagt til grunn i EU-direktivet. Dommeren i **Sak C-449/93 mellom Rockfon A/S og Specialarbejderforbundet i Danmark** uttalte i premiss 21 at:

«... formålet med direktivet udelukkende er at sikre en delvis harmonisering af fremgangsmaaden ved kollektive afskedigelser, men ikke at begraense virksomhedernes muligheder for at tilrettelægge deres aktiviteter og indrette deres personaleadministration paa den maade, der bedst tilgodeser deres behov. Specielt artikel 1, stk. 1, litra a), definerer begrebet kollektive afskedigelser og fastlaegger saaledes direktivets anvendelsesomraade, men bestemmelsen indeholder ingen regler om virksomhedernes interne organisation eller personaleadministration.» Han påpekte at virksomhetsbegrepet for øvrig er ikke definert i EF-direktivet.⁸⁴ Det kan derfor bli spørsmål om utvidet tolkning av lovens virksomhetsbegrep hvis dette kommer i strid med Direktivets minstekrav.⁸⁵

Utvalget i NOU 1996:6 ønsket på bakgrunn av **Rockfon-dommen** å lovfeste virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven.⁸⁶

⁸² Arbeidsmiljøloven – Kommentartutgave (2013) s. 82 m. henvisning til: Bernt m.fl. *Kommunalrett* (2002) 4.utg. s.245-246.

⁸³ Arbeidstakers stilling i konserforhold m.v., 5.2

⁸⁴ Premiss 23

⁸⁵ Arbeidsmiljøloven – Kommentartutgave (2013) s. 758

⁸⁶ NOU 1996:6 5.8

Utvalget mente videre at forståelsen av Direktivet i det enkelte land ville være en relevant fortolkningsfaktor,⁸⁷ slik som i denne danske dommen⁸⁸ fra 1990. Et datterselskap (Metafix Asp) i et konsern (Hope) påberopte seg at hele konsernet måtte ses under ett i relasjon til reglene om masseoppsigelser. Metafix Asp hadde gått til oppsigelse av 11 ansatte uten å gjennomføre de gjeldene informasjons- og drøftelsesregler. Metafix Asp var av den oppfatning at ved å kun si opp 11 av de mellom 100 og 300 ansatte ville det ikke være en masseoppsigelse. Den danske domstolen kom her til det motsatte resultat, og viste til at hvert arbeidsgiversubjekt måtte ses som en selvstendig virksomhet i relasjon til reglene om masseoppsigelser. Virksomhetsbegrepet stammer fra det underliggende EF-direktiv, og det ville være i strid med dette å gi arbeidsgiveren medhold.

Aml. § 15-2 (2) annet punktum sier som flg.: «*Vurderer arbeidsgiver å legge ned virksomheten eller en selvstendig del av denne, og nedleggelsen innebærer en masseoppsigelse, skal også muligheten for videre drift drøftes, herunder om mulighetene for de ansattes overtakelse av virksomheten.*» Her er det ikke redegjort nærmere for hva lovgiver mener med begrepet «virksomhet». En av de første dommer fra EU-domstolen om virksomhetsoverdragelse var **Schmidt-dommen**⁸⁹. EU-domstolen kom fram til at her forelå det en virksomhetsoverdragelse, fordi man påtok seg en arbeidsgivers forpliktelser overfor «*arbeidstakerne i virksomheten*» og «*overfor de arbeidstakere som er tilknyttet den aktuelle servicefunksjon.*»⁹⁰ Dommen oppstilte beskjedne krav til hva som kunne karakteriseres som en selvstendig enhet. Den har i ettertid blitt utsatt for klar kritikk fra næringsliv og juridisk teori, og det kan reises spørsmål om denne tolkning av den nedre grense holder i dag.

⁸⁷ NOU 1996:6 3.17.3

⁸⁸ Ugeskrift for Retsvæsen for 1990, s. 80 flg.

⁸⁹ Sak C-392/92, Christel Schmidt mot Spar- und Leihkasse der frühere Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen

⁹⁰ Premiss 14

Med **Süzen-dommen**⁹¹ presenterte EU-domstolen flere punkter i tolkningen av hvor den nedre grense går.

For det første sa domstolen at minstemål for en økonomisk enhet er at den består av:

*«...organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændig formål.»*⁹²

For det annet sa domstolen at det faktisk at selve tjenesteytelsen – her rengjøringsarbeidet – er den samme hos begge tjenesteleverandørene, ikke i seg selv er tilstrekkelig til at det er tale om en selvstendig enhet.⁹³ I dommen fastslo domstolen at begrepet enhet ikke bare relaterer seg til den aktivitet den utfører. Identitet bestemmes også av andre forhold, som for eksempel personalet som er ansatt i enheten, dens ytre rammer, tilretteleggelsen av dens arbeid, dens driftsmåte og av de driftsmidler enheten råder over. Høyesterett har behandlet spørsmålet om hva som utgjorde en selvstendig enhet i **HR-2011-22393-A (Gate Gourmet)**. I dommen oppsummerer Høyesterett EU-domstolens praksis, og viser særlig til **Süzen -dommen**⁹⁴ og **Jouni-dommen**⁹⁵ for forståelsen av vilkåret.

I premiss 53 oppsummerer Høyesterett slik:

«...hvor det ikke er en hel bedrift eller en klart identifiserbar og uavhengig avdeling som overtas – ved vurderingen av om overføringen gjelder en selvstendig økonomisk enhet, foretas en samlet bedømmelse av det karakteristiske for den virksomhet som overføres.»

og videre

⁹¹ Sak C-13/95, Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice

⁹² Sak C-13/95, premiss 13

⁹³ Sak C-13/95, premiss 15

⁹⁴ Sak C-13/95, Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice

⁹⁵ Sak C-458/05, Jouini – Princess Personal Service

«Men jeg oppfatter EU-domstolens praksis slik at det som overføres må utgjøre en stabil og operasjonell enhet, som selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristiske for virksomhetens økonomiske aktivitet.»

Konklusjonen til Høyesterettsdommen er helt i tråd med EU-domstolens retningslinjer. Det er klart at virksomhetsbegrepet blir tolket svært vidt, slik at virksomheter som etter en naturlig forståelse ikke ville bli omfattet av arbeidsmiljølovens § 15-2 om masseoppsigelse, allikevel blir det.

5 INFORMASJON- OG DRØFTELSESPLIKT ETTER AML. § 15-2

Jeg vil i her ta for meg formålet med regelen (pkt. 5.1), ansvarshavende i prosessen (pkt. 5.2), oppsigelse grunnet virksomhetens forhold (pkt. 5.3), tidspunktet før utløsning av pliktene (pkt. 5.4), dernest vil jeg redegjøre for hvilken informasjon arbeidsgiver plikter å gi (pkt. 5.5). Til sist vil jeg kort drøfte aml. §15-1 om plikt til individuell drøfting (pkt 5.6).

5.1 Formålet med regelen

Det er oppsigelser grunnet virksomhetens forhold som er grunnlaget for denne spesialregelen. Informasjon og drøfting skal skje så tidlig som mulig jf. § 15-2 (2). Men arbeidsgiver må kunne foreta forberedende undersøkelser og vurderinger uten at dette utløser informasjons og drøftingsplikt. På den annen side er formålet bak informasjons- og drøftingsplikten å gi de tillitsvalgte /ansattrepresentantene reell påvirkningsmulighet, herunder en mulighet til å unngå masseoppsigelser eller i alle fall mulighet for å redusere antall oppsagte.

Ifølge fortalen til Rådsdirektiv 2002/14/EF om informasjon og konsultasjon er informasjon og konsultasjon av de ansatte en forutsetning for at «... omstruktureringer og tilpasninger

til fremtidens økonomiske vilkår kan lykkes. Dialogen mellom arbeidsgivere og arbeidstakere bør ta i betraktning også de økonomiske sidene ved beslutninger i virksomhetene, og bidra til å foregripe sysselsettingsutviklingen og forebygge risiko i virksomheten.»⁹⁶

I bestemmelsen er det videre presisert at hvis arbeidsgiver vurderer å legge ned virksomheten eller en selvstendig del av den, og nedleggelsen innebærer en masseoppsigelse, skal også muligheten for videre drift drøftes, herunder om mulighetene for de ansattes overtakelse av virksomheten. Dersom arbeidsgiver tross drøftinger kommer til at oppsigelser ikke kan unngås, skal de uheldige sidene ved slike tiltak søkes redusert. Drøftingene skal derfor omfatte mulige sosiale tiltak med sikte på blant annet støtte til omplassering eller omskolering av de ansatte. Et særtrekk ved § 15-2 er plikten til å informere det offentlige, NAV. Planlagte masseoppsigelser får tidligst virkning 30 dager etter at NAV er underrettet. Bakgrunnen er at en arbeidstaker ikke skal være nødt til å fratre så lenge det foreligger drøftingsplikt.⁹⁷ NAV kan på visse vilkår forlenge fristen i ytterligere 30 dager. Forutsetningen for dette er at vilkårene i arbeidsmarkedsloven § 8 (3) er oppfylt. (se mer i pkt. 5.8)

5.2 Hvem har ansvaret for å gjennomføre reglene i § 15-2 (2)?

«Arbeidsgiver har plikt til å innlede drøftinger selv om de planlagte oppsigelsene skyldes andre enn arbeidsgiver og som har beslutningsmyndighet overfor denne, f.eks. en konsernledelse.»

Jf. § 15-2 (2) sjette punktum (utdraget over) plikter arbeidsgiver å innlede drøftinger selv om de planlagte oppsigelsene skyldes andre enn arbeidsgiver og som har beslutningsmyndighet overfor denne. Eksempel på slike forhold kan være når det er fattet en beslutning av konsernledelse, og det finnes datterselskaper som blir berørt. Problemstillingen blir da å finne ut om datterselskapet kan dømmes for brudd på informasjons- og drøftelsesreglene når de har vært uvitende om avgjørelsen. I EF-domstolens dom i sak **C-44/08, Akavan EK**

⁹⁶ NOU 2004:5 12.7.1

⁹⁷ NOU 2004:5 12.2.6

ry m.fl. mot Fujitsu Siemens Computers OY behandlet domstolen informasjons- og drøftingsplikten i henhold til artikkel 2 i Direktivet i virksomheter som er en del av et konsern. Endringsdirektivet Direktiv 92/56/EØF artikkel 2 nr. 4 inneholder en bestemmelse som pålegger arbeidsgiver ansvar for at drøftelser skal innledes selv om beslutningen om oppsigelsene er tatt av andre som har beslutningsmyndighet overfor arbeidsgiver, for eksempel en konsernledelse. Et av spørsmålene var om plikten til å innlede drøftelser påhviler morselskapet eller om plikten kun påhviler det datterselskap som er å anse som arbeidsgiver. Domstolen konkluderte med at denne plikten kun påhviler det datterselskap som er å anse som arbeidsgiver, ikke morselskapet.⁹⁸ EU-kommisjonen understreket i handlingsprogrammet for gjennomføringen av Direktivet at de ønsket en «*tverrnasjonal dimensjon*». Dette for å unngå situasjoner hvor beslutning om masseoppsigelse ble truffet av en virksomhet i et annet land, som hadde et annet og dårligere regelverk for arbeidstakerne. Dette innebærer at arbeidsgiveren har ansvar for å drøfte oppsigelsene, selv om beslutningen om oppsigelsene er tatt av andre som har beslutningsmyndighet overfor arbeidsgiver, for eksempel en konsernledelse.⁹⁹ Som følge av endringsdirektivet må det tas forbehold der selskapet mangler kunnskap om forestående masseoppsigelser fordi for eksempel et morselskap ikke har gitt nødvendige opplysninger til datterselskapet om dette. Bestemmelsen innebærer at en arbeidsgiver i en rettssak ikke kan bruke som unnskyldning at han ikke var informert om at beslutning om masseoppsigelser var fattet.

Ruth Nielsen kommenterer endringsforslaget i sin bok *EF-arbejdsrett*:

«Ændringsforslaget tilsigter, i overensstemmelse med hvad der blev bebudet i handlingsprogrammet vedrørende Det sosiale Charter, at supplere direktivet, således at en koncernledelse, såvel inden for et lands rammer som når en koncernledelse i et land beslutter kol-

⁹⁸ Premiss 65

⁹⁹ Ot. prp. nr. 78 (1993-1994) 4.2

lektive afskedigelser i et andet land, skal sørge for, at informations- og høringsreglerne bliver overholdt».¹⁰⁰

Utgangspunktet må derfor være at et arbeidsgiveransvar også påhviler konsernet, noe som er viktig for stillingsvernet til arbeidstakerne. Det fører til at arbeidsgiveransvaret ikke kan bli pulverisert på vei fra konsernledelse til datterselskap.

5.3 Nærmere om oppsigelse grunnet virksomhetens forhold

Bedriften kan tenkes å måtte rasjonalisere/innskrenke eller legge om hele eller deler av virksomheten enten fordi økonomien er svak, for å tilpasse seg en ny markedssituasjon eller fordi den tar i bruk mer effektivt produksjonsutstyr. Utgangspunktet er at en bedrift ikke er forpliktet til å opprettholde stillinger det ikke lenger er behov for. Dersom omstillingsbehovet er reelt og godt dokumentert, aksepterer domstolen som hovedregel denne typen oppsigelser, forutsatt at arbeidsgiveren for øvrig har gått korrekt frem.¹⁰¹

Det må foretas en interesseavveining jf. aml. § 15-7 (2). Jo hardere en oppsigelse vil ramme arbeidstakeren, desto strengere krav må en stille til nødvendigheten av å gå til oppsigelse. På den annen side har bedriftsledelsen ofte flere hensyn å ta. De er nødt til å tilpasse kostnadene til dens inntjeningssevne. Virksomheten er jf. selskapsloven pliktig til å drive økonomisk forsvarlig, og det er til og med straffbart å drive på kreditorenes regning. En oppsigelse i forbindelse med at en bedrift går konkurs eller legges ned i en frivillig avviklingsprosess, vil være saklig, forutsatt at utvelgelsen av hvem som skal sies opp er saklig og forsvarlig. Det er særlig to hensyn som må vurderes, for det første om det er foretatt riktig utvelgelse med tanke på personvalget i forhold til ansiennitet, kompetanse etc. For det andre må det vurderes hvorvidt gevinsten ved utvelgelsen er stor nok i forhold til skaden

¹⁰⁰ Ruth Nielsen (1989) s. 267.

¹⁰¹ Arbeidsmiljøloven – kommentautgave (2013) s.792

den gjør for de berørte. Jf. Fougner i *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* (2013) s. 814 bør retten «i alle tilfelle kreve dokumentert den antatte rasjonaliseringsgevinst.»

5.4 På hvilket tidspunkt oppstår informasjon- og drøftingsplikten?

5.4.1 «Så tidlig som mulig»

Masseoppsigelsesdirektivets art. 2 har gitt følgende regel for når konsultasjoner bør gjennomføres:

«1. Når arbeidsgiveren påtænker at foretage kollektive afskedigelser, er vedkommende forpligtet til i tilstrækkelig god tid at indlede konsultationer med arbejdstagernes repræsentanter med henblik på at nå frem til en aftale.»

Direktivet angir ingen eksakt frist for når drøftinger skal innledes. I følge det opprinnelige direktivet skal drøftinger innledes når «en arbeidsgiver overveier å foreta masseoppsigelser».¹⁰² Det forutsettes at dette skal foregå på planleggingsstadiet. Skal de ansattes representanter ha en reell mulighet til å påvirke resultatet, må de trekkes inn så tidlig som mulig. I tillegg kan NAV etter § 15-2 (5) jf. amtl. § 8 forlenge fristen for planlagte masseoppsigelser hvis det er nødvendig for å få til avtale etter § 15-2 (2). I forarbeidene¹⁰³ viser departementet til at det for å kunne oppnå Direktivets hovedmålsetting om å komme frem til en avtale mellom en arbeidsgiver og arbeidstakernes tillitsvalgte, er nødvendig å forstå Direktivet på samme måte som daværende Hovedavtales § 9-3 nr. 1, jf. § 9-3 nr. 1 c)¹⁰⁴, dvs. at drøftinger skal inngås så tidlig som mulig på planleggingsstadiet.

¹⁰² 75/129/EØF art. 2

¹⁰³ Ot.prp. nr. 71 (1991–92) s. 11

¹⁰⁴ Hovedavtalen LO-NHO

Et viktig spørsmål å besvare før jeg gjør rede for når drøftingsplikten inntre, er på hvilket tidspunkt melding med informasjonen skal være gitt. De tillitsvalgte er avhengige av å være godt informert om bedriftens rasjonaliseringsplaner og på den måten være så forberedt som mulig før drøftelser starter.

Jf. Direktivets art. 2 nr. 3. skal informasjonen gis i tilstrekkelig god tid under drøftingene. Dette er en fleksibel tidsangivelse, og jeg vil tolke det det dit hen at arbeidstaker plikter å gi informasjon både før og underveis i drøftingene slik at tillitsvalgte har best mulig grunnlag for å komme med konstruktive forslag. Men i forhold til aml. § 15-2 (3) skal informasjonen gis senest samtidig med innkalling til drøftingene, og det må derfor være det tidspunktet som må legges til grunn. Jeg tolker det på den måten at de i tillegg kan gi ytterligere opplysninger underveis i drøftingene hvis det kommer til nye opplysninger som blir nødvendige å gi de tillitsvalgte.

En dom som fastslår tidspunktet for informasjonsplikten er **Transocean-dommen, ARD 1996 130**. Tillitsvalgte ble informert samme dag som kontrakt skulle undertegnes, lenge etter at forhandlingene var avsluttet og bedriftens beslutninger var tatt. Retten fant ingen omstendigheter som tilsa at Statoil trengte å tilbakeholde informasjon. Tvert imot var det svært erfarne tillitsvalgte, som hadde bevist tidligere at de kunne håndtere konfidensielle temaer. Det er etter Arbeidsrettens oppfatning heller ikke slik at bedriftens informasjonsplikt i saker om kontraktsforhandlinger først inntre etter at kontraktsforhandlingene er avsluttet. De konkluderte med at når det forhandles om en kontrakt, og den kan få følger for arbeidsplassene, inntre plikten til å gi tillitsvalgte anledning til å påvirke, ved å være informert og dermed i stand til å fremme sitt syn.¹⁰⁵ Tidspunktet for drøftelsene skulle derfor komme så tidlig som mulig. Denne dommen er omdiskutert, hvor kritikken har gått på rekkevidden av dommen. Begrepet «*så tidlig som mulig*» angir som det kommer frem over ingen klar definisjon av tidspunktet. Tolkning av begrepet kan i arbeidsretten få to resultater. Det ene er et relativt resultat, hvor en skjønnsmessig avveining må inn i hvert tilfelle.

¹⁰⁵ Johansen (2006) s.371

Dette gir større frihet i en oppsigelsesprosess. Det andre resultatet er en absolutt tolkning, hvor det tolkes bokstavelig etter ordlyden og likt i alle tilfeller.

Er kriteriet for konsultasjon med arbeidstaker at arbeidsgiver har påtenkt masseoppsigelser eller må de i tillegg ha utarbeidet en reell plan?

En dom som er relevant for problemstillingen rundt tidspunktet for opplysningsplikten, er **Sak 284/83¹⁰⁶ Dansk Metalarbejderforbund mot H Nielsen & Søn, Maskinfabrik A/S under konkurs**. Her fant domstolen at plikten inntreer når arbeidsgiver overveier å foreta oppsigelser, og arbeidsgiver skal kun gi arbeidsmarkedsmyndigheten meddelelse om faktiske planer om oppsigelser.¹⁰⁷ De fant at Direktivet ikke fikk anvendelse når arbeidsgiver på grunn av virksomhetens økonomiske situasjon burde tenkt på masseoppsigelser, men allikevel unnlot å gjennomføre dette. Dommen kom før endringsdirektivet i 1992¹⁰⁸, slik at det må tas et forbehold i de tilfeller selskapet mangler kunnskap om forestående masseoppsigelser fordi annet selskap treffer avgjørelsen som fører til masseoppsigelser ikke har gitt arbeidsgiveren nødvendige opplysninger om dette. Det kan for eksempel være at morselskapet ikke gir datterselskapet slike opplysninger. I dette tilfelle må det antas at reglene kommer til anvendelse.

En dom som har hatt stor betydning for hvilket tidspunkt drøftingsplikten oppstår er **Junkdommen¹⁰⁹**. Tvisten i saken var mellom en oppsagt sykepleier, Irmtraud Junk og bobestyrer for selskapet hun jobbet for, Wolfgang Kühnel. Da selskapet gikk konkurs ble Junk oppsagt umiddelbart. Hun gikk så til sak med påstand om at oppsigelsen var ugyldig på grunnlag av manglende informasjon- og drøfting i forkant av oppsigelsen. I premiss 37 gir domstolen flg. konklusjon på tidspunktet:

¹⁰⁶ Sak C-248/83, Dansk Metalarbejderforbund mot H.Nielsen og Søn, Maskinfabrik AS

¹⁰⁷ Sak C-248/83, Dansk Metalarbejderforbund mot H.Nielsen og Søn, Maskinfabrik AS, premiss 37

¹⁰⁸ 92/56/EØF

¹⁰⁹ Sak C-188/03, Irmtraud Junk mot Wolfgang Kuhnel

”Den af fællesskabslovgiver anvendte formulering viser således, at konsultations- og meddelelsesforpligtelsen opstår inden arbeidsgiverens beslutning om at opsiges ansættelseskontrakterne”

Videre viser domstolen til at denne tolkning er i tråd med Direktivets formål:

*”Opfyldelsen af dette formål ville blive bragt i fare, såfremt konsultationen af arbejdsta-
gernes repræsentanter fandt sted, efter at arbeidsgiverens beslutning er truffet.”¹¹⁰*

Domstolen la altså til grunn at drøftelsesplikten inntre før arbeidsgiver har besluttet å gjennomføre oppsigelsene, og at drøftingene ikke må inntre senere enn at formålet med Direktivet, jf. art. 1 kan oppfylles. Stein Evju konkluderte i sin drøftelse av **Junk-dommen** i artikkelen i *Arbeidsrett og arbeidsliv*¹¹¹ med at en oppsigelse ikke kan gis før melding er gitt til NAV, og at drøftelsene med de tillitsvalgte må være avsluttet.¹¹² Det kan ses på som en gyldighetsbetingelse for oppsigelsen.¹¹³

NAV spiller en viktig rolle som en tredje part, da de kan kreve forlenget virkningsfrist med inntil 30 dager, jf. arbeidsmarkedsloven § 8. Dette gjelder dersom drøftinger ikke er innle-
det tidlig nok, og en avtale for å kunne unngå oppsigelser er mulig å oppnå.

I saken **Akavan mot Fujitsu Siemens** (se pkt. 5.2) var det også et spørsmål om når ar-
beidsgivers plikt til å innlede drøftelser oppstår. Retten fant at drøftingsplikten inntrådte:

¹¹⁰ Sak C-188/03, Irmtraud Junk mot Wolfgang Kuhnel, premiss 38.

¹¹¹ Evju (2005) Bind 1 hefte 3 s. 263 flg.

¹¹² Evju (2005) s. 270

¹¹³ Johansen (2011) s. 646

«..når der i en koncern er truffet beslutninger af strategisk karakter eller vedrørende driftsmæssige ændringer, som tvinger arbejdsgiveren til at påtænke eller planlægge kollektive afskedigelser.»¹¹⁴

Domstolen refererer i premiss 38 til premiss 36 i **Junk-dommen**, som fastslo det samme. Dette gjelder selv når arbeidsgiver ikke kan gi all den informasjon som arbeidstakerne har krav på etter art. 2.¹¹⁵ Informasjonsplikten vil i slike tilfeller innebære at enhver ny og relevant opplysning skal gis frem til siste øyeblikk av forhandlings-/drøftelsesforløpet. Datterselskapet som masseoppsigelsene vedrører plikter å gjennomføre drøftinger før arbeidsforholdet kan bringes til opphør etter ordre fra morselskapet.

I norsk rett har vi **LF-2003-2105**, hvor retten konkluderte med at rette tidspunkt for drøftinger med de ansatte var da de «vurderte» oppsigelsene. Selv om bedriften kun sa opp 8 ansatte, vurderte de først å si opp 13. Det gikk frem av tidligere protokoller at arbeidsgiver vurderte nedlegging av «et vesentlig antall stillingar», henholdsvis 13, og dette ga arbeidsgiver plikt til å overholde bestemmelsen. Dette forholdet hadde sannsynligvis innvirket på den konkrete oppsigelsen, og det ble avsagt dom for at oppsigelsen var usaklig og ugyldig.

5.5 Hvilken informasjon må arbeidsgiver gi?

5.5.1 «Alle relevante opplysninger»

Informasjonen som blir gitt er med på å danne grunnlaget for avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Derfor er det viktig at all nødvendig informasjon blir utlevert, med det formål å gjennomføre reelle drøftelser mellom partene jf. Direktivets art. 2 nr.1. § 15-2 (3) inneholder krav til hvilke opplysninger arbeidsgiver skriftlig må gi ved masse-

¹¹⁴ Sak C-44/08, Akavan mot Fujitsu Siemens, premiss 49

¹¹⁵ Sak C-44/08, Akavan mot Fujitsu Siemens, premiss 56

oppsigelser. For å sikre de tillitsvalgte en reell påvirkningsmulighet skal disse gis en del relevante opplysninger, jf. § 15-2 (3).

Dette er:

- a) grunnene til eventuelle oppsigelser,*
- b) antall arbeidstakere som vil kunne bli oppsagt,*
- c) hvilke arbeidsgrupper de tilhører,*
- d) antall arbeidstakere som normalt er ansatt,*
- e) hvilke arbeidstakergrupper som normalt er sysselsatt,*
- f) over hvilken periode oppsigelsene vil kunne bli foretatt,*
- g) forslag til kriterier for utvelgelse av de som eventuelt skal sies opp,*
- h) forslag til kriterier for beregning av eventuelle ekstraordinære sluttvederlag.»*

Opplysningsplikten ble gjennom endringsdirektivet i 1992¹¹⁶ utvidet til å omfatte samtlige punkter ovenfor. Alle opplysninger som kan være til hjelp for at NAV kan sette inn tiltak så snart som mulig er relevante. Man har to hjemler som krever nøye spesifikasjon, jfr. § 15-2 (3) og § 15-4 (3). Hovedavtalen gir også de tillitsvalgte omfattende rettigheter med hensyn til å påvirke og få informasjon. Etter Hovedavtalen § 9-7 gir det innsikt i regnskaper og økonomiske forhold. Retten til å få dette er ikke begrenset av at det ligger an til masseoppsigelser. Det er først da lovens rettigheter med hensyn til påvirkning og informasjon inntreffer, jfr. § 15-2 (2) og (3).

Listen ovenfor er ikke uttømmende, da arbeidsgiver plikter å gi «*alle relevante opplysninger.*» For å få gjennomført reelle drøftelser må alle nødvendige opplysninger komme frem.

Hvor strengt blir så informasjonsplikten tolket i rettspraksis? I **LH-2003-13169** ble det funnet at tilbakeholdelse av et notat som omhandlet kriteriene ved nedbemanning var å anse som et brudd på informasjonsplikten. Personalsjefen hadde utarbeidet notatet, som bl.a. inneholdt ansiennitetsprøving, i forkant av et drøftingsmøte med de tillitsvalgte. Kriteriet ble ikke gjort kjent for de tillitsvalgte ved drøftingene og var ikke nedfelt skriftlig i

¹¹⁶ 92/56/EØF

informasjonen til de tillitsvalgte, slik det skal sammen med de øvrige kriterier for utvelgelsen. Retten la til grunn at selv om tilbakeholdelsen i seg selv ikke medførte ugyldighetsvirkninger for oppsigelse, påvirket den helhetsvurderingen til de tillitsvalgte, og oppsigelsen ble kjent usaklig.

Av naturlige årsaker er det i forbindelse med drøftinger angående masseoppsigelser ofte noen som må sies opp, og arbeidsgiver plikter jf. bokstav g) å komme med forslag til kriterier for utvelgelse i meldingen. Disse kriteriene må ligge innenfor saklighetsvurderingen som følger av aml. § 15-7 (1).¹¹⁷ Jeg vil ikke gå noe nærmere inn på hvilke kriterier det er her i denne oppgaven.

Av § 15-2 (2) siste punktum fremgår det at arbeidsgivers plikt til å foreta drøftinger gjelder selv om de planlagte oppsigelsene ikke er besluttet av arbeidsgiveren selv, men derimot av en som har beslutningsmyndighet overfor denne, f.eks. et morselskap i et konsern.

5.6 Innholdet i drøftelsesplikten

5.6.1 Formålet

Departementet anså ordet «*drøftinger*» for mer dekkende om situasjonen enn det tidligere brukte ordet «*forhandlinger*».¹¹⁸ Dette begrunnet de med at arbeidsgivers standpunkt er avgjørende dersom avtale ikke kommer i stand. EU-domstolen har understreket dette i sak **C-383/92 Kommisjonen mot Storbritannia**¹¹⁹, hvor gjennomføringen av Direktivet i nasjonal lovgivning ikke oppfylte kravene til art. 2 nr. 1. og 2. Det ble ikke presisert i EPA (den nasjonale arbeidslovgivning) at formålet med drøftingene var å komme frem til en avtale, og det var heller ikke presisert at man i det minste skulle drøfte med henblikk på å

¹¹⁷ Ot. prp. nr. 78 (1993-1994) 4.4.6

¹¹⁸ Ot. prp. nr. 71 (1991-1992) 3.4.4

¹¹⁹ Sak C-383/92, premiss 36

unngå eller begrense masseoppsigelser samt å redusere følgene av eventuelle masseoppsigelser.

5.6.2 Redusere de uheldige sidene

Dersom oppsigelser ikke kan unngås, skal jf. § 15-2 (2) tredje punktum de uheldige sidene ved dem søkes redusert. Drøftingene skal omfatte mulige sosiale tiltak med sikte på blant annet støtte til omplassering eller omskolering av de oppsagte. Direktivet sikter til i art. 2 nr. 2 å *«lette følgene av oppsigelsene ved å anvende tilhørende sosiale tiltak særlig med sikte på bistand til omplassering eller omskolering av oppsagte arbeidstakere»*.

Kommunal- og arbeidsdepartementet la i forarbeidene¹²⁰ til grunn at tilhørende sosiale tiltak omfattet ulike arbeidsmarkedstiltak satt i gang av NAV. Det vil si aktiviteter som arbeidsformidlingen setter i verk med sikte på omplassering og omskolering av de berørte arbeidstakerne. Den oppsagte vil da stille bedre rustet til å eventuelt bli omplassert i virksomheten eller få større mulighet til å skaffe seg nytt arbeid.

5.6.3 Avtale for å unngå masseoppsigelser eller redusere antall oppsagte

§ 15-2 (2) første punktum sier at når arbeidsgiver vurderer å gå til masseoppsigelser skal det så tidlig som mulig innledes drøftinger med arbeidstakernes tillitsvalgte *«... med sikte på å komme fram til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte.»*

Målet for informasjons- og drøftingsplikten er å komme frem til en avtale mellom partene basert all relevant informasjon. Den vil inneholde bestemmelser om fremgangsmåten og vilkårene knyttet til nedbemanning. En slik omstillingsavtale vil regulere gjensidige rettigheter og plikter vedrørende lønns- og arbeidsforhold, og vil ha samme form som en tariffavtale. Tariffavtale er i arbeidstvistloven § 1 e) definert som *«... en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller*

¹²⁰ Ot.prp. nr. 78 (1993–94) 4./s. 18

andre arbeidsforhold.» Basert på den definisjonen vil en avtale etter § 15-2 måtte anses å være en tariffavtale, noe som betyr at arbeidstvistloven gjelder for slike avtaler. Da vil arbeidstvistlovens øvrige regler om revisjon og oppsigelse av avtalen gjelde. Dersom avtalen er helt konkret og må anses begrenset til å gjelde bestemte arbeidsforhold, vil den derimot ikke regnes som tariffavtale, jf. **ARD 2005 186**. Her hadde arbeidsgiver (Avinor) og tillitsvalgte (Norsk Flyvelederforening) hatt flere møter, og kommet frem til en protokoll om videre prosess. Tvisten gjaldt hvorvidt protokollen var en særavtale etter Hovedavtalen § 15. Arbeidsretten kom til at både forholdene rundt møtene og ordlyden i protokollen trakk i retning av at partenes intensjon var å komme frem til et bindende resultat. Men siden den kun hadde rettslig virkning for konkrete arbeidere, var den ikke generell nok. Det var derfor ingen tariffavtale. Benonisen påpeker i *Arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven* at viktige spørsmål av betydning for om noe kan anses som en tariffavtale, er avtalens varighet og eventuelle individuelle ettervirkninger.¹²¹ Det kan vises til **Rt. 1996 s. 1218 (Meieri)** hvor dette var problemstillingen. Arbeidsgiver og arbeidstaker hadde her inngått en rasjonaliseringsavtale som jf. arbeidstvistloven var en tariffavtale. Dommeren uttalte at basert på hvordan avtalen ble til, avtalens formål og medlemmenes vernebehov i tilfelle rasjonalisering at avtalen etablerte individuelle rettigheter. Disse rettighetene ble en del av de individuelle arbeidsavtalene, og de ville da ikke falle bort selv om rasjonaliseringsavtalen opphørte.¹²²

Har arbeidsgiver gjennomført drøftelses- og informasjonsplikten sin, og arbeidstakerne i tillegg har gitt sin velsignelse, kan det bli vanskelig å angripe oppsigelsene i ettertid. I **Sparebanken Nord-dommen**¹²³ (også omtalt i pkt. 4.1) hadde arbeidsgiver samarbeidet nært med de tillitsvalgte. Banken opprettet utvalg med reell myndighet til å legge retningslinjer for nedbemanningen, og gjennom frivillige ordninger reduserte de bemanningen med 90 ansatte. I retningslinjene var det klart at hver filial skulle behandles som enhet, ikke hele

¹²¹ *Arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 910

¹²² Side 1224

¹²³ **Rt. 1992 s. 776**

konsernet. Tre oppsagte gikk til sak da de mente de hadde bedre ansiennitet enn ansatte fra andre filialer, men tapte klart. Det ble lagt vekt på bankens nære kontakt med de ansatte gjennom hele prosessen, og at det ikke hadde kommet innsigelser mot de fremgangsmåter som ble valgt. Her var det god dokumentasjon fra bankens side som avgjorde saken.

5.6.4 Overtakelse av bedriften/ plikt til å drøfte videre drift

«Vurderer arbeidsgiver å legge ned virksomheten eller en selvstendig del av denne, og nedleggelsen innebærer en masseoppsigelse, skal også muligheten for videre drift drøftes, herunder mulighetene for de ansattes overtakelse av virksomheten.»

Slik lyder § 15-2 (2) etter at lov om meldeplikt ved nedlegging av næringsverksemd av 6. juni 2008 nr. 38 (omstillingsloven) ble vedtatt.¹²⁴ Hensikten med omstillingsloven er at den skal bidra til størst mulig verdiskapning i norsk økonomi, og sikre næringslivets og fellesskapets interesser i omstillingsprosesser ved å legge til rette for alternativer til nedlegging. Drøftingsplikten ble med denne særskilte bestemmelsen i § 15-2 (2) utvidet, med formål om å få til en dialog mellom partene med tanke på mulig overtakelse av driften. Tilsvarende bestemmelse finnes også i Hovedavtalen mellom LO og NHO¹²⁵. Bestemmelsen gir jf. forarbeidene til omstillingsloven de ansatte en rett og plikt til å drøfte overtakelse av virksomheten, men ingen rett til å overta virksomheten.¹²⁶ En av grunnene til at bestemmelsen ble ført inn i § 15-2, og ikke i arbeidsmiljølovens kapittel 8, var at da ville den også omfatte bedrifter med mindre enn 50 ansatte. Det ville jf. forarbeidene være mer realistisk at de ansatte i en mindre bedrift kunne ta over driften av virksomheten, fordi det ofte er en sammenheng mellom størrelsen på virksomheten og de ressursene som er nødvendige for å kunne overta.¹²⁷ Problemet videre var da at en liten filial eller annen geografisk atskilt en-

¹²⁴ Endringen i aml. § 15-3 (2) trådte i kraft 1. juli 2008

¹²⁵ Hovedavtalen LO-NHO § 9-5 (3)

¹²⁶ Ot. prp. nr. 27 (2007-2008) 6.1.2

¹²⁷ Ot. prp. nr. 27 (2007-2008) 6.2.3

het som ikke er organisert som et eget rettssubjekt i utgangspunktet ikke anses som en «virksomhet» i arbeidsmiljølovens forstand. Begrepet «*virksomhet eller en selvstendig del av denne*» ble derfor valgt for å sikre at drøftelser i slike tilfeller også ble gjennomført.¹²⁸

Har virksomheten eller den selvstendige delen som vurderes nedlagt færre enn ti ansatte, kommer ikke regelen til anvendelse. Det gjelder selv om virksomheten totalt sier opp ti eller flere, men det ikke er ti eller flere i en av filialene som skal legges ned.¹²⁹

Drøftingsplikten gjelder der hvor arbeidsgiver vurderer å «*legge ned*» virksomheten eller en selvstendig del av denne. Hvis ikke alle de ansatte blir sagt opp, må man vurdere om det er en nedbemanning eller en nedleggelse av bedriften. Momenter da er hvorvidt den ordinære aktiviteten ved virksomheten er avviklet, og om de gjenværende ansatte kun skal bli i en overgangsperiode.¹³⁰

Hva slags innhold og omfang som er realistisk å oppnå gjennom drøftingsplikten, er en vurderingssak. Er drøftinger ikke holdt i henhold til § 15-2 (2), og det var en mulighet for at man hadde kunnet oppnå en positiv løsning i forhold til de ansatte, kan virkningsfristen forlenges med inntil 30 dager, jfr. arbeidsmarkedsloven § 8 (3).

5.7 Meldeplikt til Arbeids- og velferdsetaten (NAV)

Det skal gis en tilsvarende melding til NAV som til tillitsvalgte etter § 15-2 (3) tredje punktum jf. arbeidsmarkedsloven § 8. Fristen for å sende meldingen er den samme som informasjonsplikten til de tillitsvalgte, altså «*tidligst mulig og senest samtidig med at arbeidsgiver innkaller til drøftinger.*»¹³¹ Direktivet hjemler det samme kravet i art. 3.

¹²⁸ Ot. prp. nr. 27 (2007-2008) 6.2.3

¹²⁹ Ot.prp. nr. 27 (2007–2008) 14.2

¹³⁰ Ot. prp. nr. 27 (2007-2008) 14.2

¹³¹ Aml. § 15-2 (3) og amtlj. § 8

Arbeidsmarkedslovens formål er jf. § 1 «å bidra til å oppnå et inkluderende arbeidsliv gjennom et velfungerende arbeidsmarked med høy yrkesdeltakelse og lav arbeidsledighet.» Måten NAV kan bidra til dette på, er ved først og fremst å få kunnskap om masseoppsigelsene. Først da kan de sette inn tiltak som kan avhjelpe følgene av nedbemanning o.l. Derfor har også tillitsvalgte adgang til å kommentere meldingen direkte overfor NAV, jf. § 15-2 (4). Det er det lokale NAV-kontoret som skal få denne meldingen jf. amtjl. § 8 (2), noe som er naturlig da det er de som er nærmest til å sette i gang tiltak. De har oversikt over andre ledige stillinger i nærmiljøet, videreutdanningskurs etc. Som nevnt i pkt. 5.1 trår ikke oppsigelsene i kraft før tidligst 30 dager etter at NAV er underrettet, jf. § 15-2 (5) og amtjl. § 8 (3). Dette har sitt klare grunnlag i at ingen skal miste jobben sin før drøftinger, som har som formål å opprettholde stillingene, er gjennomført og avsluttet. Selv om det ikke står uttrykkelig i loven, legger både forarbeidene¹³² dette til grunn og også Evju¹³³ som følge av **Junk-dommen**¹³⁴. Det er jf. dommen, vesentlig vanskeligere å gjøre om på en truffet beslutning, enn å ikke gjennomføre en planlagt beslutning.¹³⁵ NAV kan i tillegg med skriftlig melding forlenge denne fristen med inntil 30 dager, jf. § 15-2 (5) annet punktum og amtjl. § 8 (3). Det samme følger av Direktivets art. 4 nr. 3, og må enten være NAVs eget tiltak eller og oppfordring av en av partene. For at dette skal bli aktuelt må det jf. forskriften § 1¹³⁶ være tilfelle at drøftinger ikke er gjennomført, eller det er «*helt klare indikasjoner*» på at partene vil komme til enighet ved forlenget drøftingstid. En slik forlengning av meldeplikten gjelder dog ikke ved masseoppsigelser som følge av en rettsavgjørelse. Det mest praktiske eksempelet her er konkurs.

¹³² NOU 2004:5 12.2.6

¹³³ Evju (2005) s. 270

¹³⁴ Sak C-188/03, Irmtraud Junk mot Wolfgang Kuhnel

¹³⁵ Premiss 46

¹³⁶ Forskrift om utsettelse av masseoppsigelse

6 VIRKNINGER AV BRUDD PÅ INFORMASJONS- OG DRØFTELSESREGLENE

6.1 Generelle bemerkninger

Stillingsvernsreglene er som sagt av privatrettslig art, noe som betyr at arbeidstaker og arbeidsgiver selv må gjøre gjeldende sine krav. Arbeidstilsynet kan gi veiledning om partenes rettigheter og plikter, men kan ikke gripe inn og løse konflikten. Påleggshjemmelen blir tolket innskrenkende i forhold til ordlyden i bestemmelsen, og dette er jf. forarbeidene i henhold til langvarig oppfatning og praksis.¹³⁷ Jfr. § 18-6 (1) omfattes allikevel masseoppsigelser av påleggskompetansen til Arbeidstilsynet. Dette begrunnes med at masseoppsigelser blir ansett å ha et offentligrettslig preg¹³⁸, da § 15-2 gir regler om informasjon og drøfting, ikke om stillingsvern. Et pålegg er et enkeltvedtak, jfr. forvaltningsloven § 3, jfr. § 2 b), og skal på samme måte som andre slike beslutninger forberedes og gjennomføres på den måte fvl. bestemmer. Det vil ikke automatisk føre til ugyldighet dersom arbeidsgiver overtreder sine forpliktelser etter § 15-1, Hovedavtalen eller aml. kap 7 og 8. Når det gjelder § 15-2 er det iflg. Johansen/Stueland¹³⁹ antydning at oppsigelser uten forutgående drøfting og informasjon i seg selv kan medføre ugyldighet. Dette står i skarp kontrast til det som er uttalt i forarbeidene til bestemmelsen. Mangel-full saksbehandling kan få betydning for vurderingen av oppsigelsens saklighet. Har mangler ved saksbehandlingen ført til feil i bedriftens beslutninger, eller kan domstolene ikke utelukke at så er tilfellet, kan det lede til at domstolene finner en oppsigelse ugyldig. Jf. Ot.prp.nr. 50 (1993-94)¹⁴⁰ s.183 gj. flg.: «*Kravet om drøftelser før oppsigelsen gis vil være en ordensforskrift. Unnlatelse av å drøfte vil ikke medføre at oppsigelsen er ugyldig. Betydningen må vurderes i hvert enkelt tilfelle. En slik mangel ved saksbehand-*

¹³⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) 23.1.1

¹³⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) 23.1.4

¹³⁹ Johansen (2011)

¹⁴⁰ Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv

lingen vil være ett av flere momenter ved vurderingen om en oppsigelse er saklig begrunnet.»

Hvorvidt det er en saklig grunn må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Begrepet «*saklig grunn*» gir uttrykk for en rettslig standard, og må vurderes i forhold til lovens forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. Jeg vil her i oppgaven, som tidligere anført, ikke gå dypt inn i hvordan denne drøftingen skal gjennomføres.

Manglende overholdelse av informasjons- og drøftelsesreglene i arbeidsmiljøloven § 15-2 vil kunne forskyve virkningstidspunktet for oppsigelsene, jf. aml. § 15-2 femte ledd, men medfører ikke uten videre at gitte oppsigelser blir ugyldige.¹⁴¹ Det samme må være utgangspunktet hvor det foreligger brudd på bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 8 og tariffavtalte saksbehandlingsregler.¹⁴² Etter omstendighetene kan imidlertid en overtredelse av drøftelsesreglene få betydning for den saklighetsvurdering som foretas i henhold til arbeidsmiljøloven § 15-7, dersom det er rimelig grunn til å anta at feilen kan ha hatt innvirkning på resultatet. Dette kjenner vi igjen fra forvaltningsrettens ugyldighetslære. Evju sier flg. i *Arbeidsrett og arbeidsliv* (2005) s. 273, basert på **Junk-dommen**¹⁴³:

“Som et minimum må det følge at dersom oppsigelser er meddelt før prosedyrekravene er oppfylt, må det inntre en suspensiv effekt slik at den fristutløsende virkningen av oppsigelsesmeddelelsen utsettes.”

Retten uttalte i dommen at formålet med bestemmelsen kunne bli svekket hvis arbeidsgiver hadde rett til å gi oppsigelser før eller underveis i drøftingene. Det er vanskeligere å endre oppsigelser som har blitt gjennomført, enn å stoppe en oppsigelsesprosess som ennå ikke er påbegynt.¹⁴⁴

¹⁴¹ Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s.12

¹⁴² Aune m. fl. (2005) s. 312 og 313.

¹⁴³ Sak C-188/03, Irmtraud Junk mot Wolfgang Kuhnel

¹⁴⁴ Premiss 45

Hvis underretning til NAV jf. § 15-2 (3) ikke er gitt, kan NAV stoppe oppsigelsene. Det inntreffer da ikke noen fratredelsesplikt. I slike tilfelle fortsetter arbeidsgivers lønnsplikt å løpe så lenge arbeidstaker står til disposisjon. Ut fra ordlyden i § 15-2 er det ikke gitt noen begrensning i forhold til å si opp arbeidstakerne før NAV er underrettet, og drøftelsene med tillitsvalgte er avsluttet.

6.2 Ugyldighetsvirkninger

Direktivet hjemler ingen bestemmelse for resultatløs drøfting. Etter forarbeidene¹⁴⁵ vil det ikke medføre ugyldighet dersom den norske bestemmelsen ikke blir overholdt. Lovens ordinære sanksjonsbestemmelser får imidlertid anvendelse også på disse tilfellene, og det følger også av andre av lovens bestemmelser plikt til å innlede drøfting med arbeidstakernes representanter. Manglende overholdelse av informasjons- og drøftingsplikten vil kunne være et moment i saklighetsvurderingen iht. aml. § 15-7.

LF-2003-21015¹⁴⁶ gir noen holdepunkter for når drøftingsplikten er brutt, og resultatet av bruddet. En kommune vurderte oppsigelse av 13 arbeidstakere, men endte med 8. Retten fastsatte erstatning for ikke-økonomisk tap. Arbeidsgiver hadde ikke overholdt drøftelsesreglene i den dagjeldende arbeidsmiljøloven § 56 A og retten uttalte:

«Arbeidsgiver ga ikke de tillitsvalgte de foreskrevne, spesifiserte opplysningene etter § 56A nr. 3 tidligst mulig og senest samtidig med innkallingen til drøftinger.»

Retten uttalte videre at

¹⁴⁵ Ot. prp. nr 71 (1991-1992) s. 12

¹⁴⁶ Se pkt. 5.4.1

«..brudd på reglene i § 56A medfører ikke automatisk at oppsigelse anses usaklig. Men i dette tilfellet var antall oppsigelser man arbeidet med, og fremfor alt utvelgelseskriteriene/forholdet til ansiennitetsprinsippet så vesentlig, at brudd på § 56A sannsynligvis har hatt innvirkning på resultatet for A. Oppsigelsen av A må erklæres usaklig, jf. § 60 nr. 2».

Det forelå ikke slike sosiale og personlige egenskaper hos arbeidstaker at han måtte fratre. I tvilsspørsmål må det foretas en nærmere vurdering av om brudd på informasjonsplikten kan ha påvirket utfallet i saken. En slik svikt i saksbehandlingen kan lede til ugyldighet. Dette synes også å være i samsvar med Høyesteretts og lagmannsrettenes praksis med hensyn til virkningen av saksbehandlingsfeil i oppsigelsessaker.

Som beskrevet i pkt. 5.5.1 ble det i **LH-2003-13169** bl.a. lagt til grunn at saksbehandlingen ikke fremstod som fullt ut forsvarlig fordi de tillitsvalgte ikke fullt ut ble informert om utvelgelseskriteriene. Dette førte til at oppsigelsen var usaklig, og oppsigelsen ble kjent ugyldig.

6.3 Sanksjoner i norsk rett

Domstolen kan gi dom for eventuell erstatning dersom det er grunnlag for dette. Et slikt grunnlag vil følge etter en helhetsvurdering av gyldigheten av oppsigelsen i henhold til aml. § 15-7 som nevnt i pkt. 6.2 om **LH-2003-13169**.

Det foreligger ikke noe klart svar på hva konsekvensene vil kunne være ved brudd på informasjons- og drøftelsesplikten, verken i norsk lovgivning, norsk rettspraksis, masseoppsigelsesdirektivet eller etter EU-domstolen. Medlemslandene er forpliktet til å gjennomføre bestemmelsene tilstrekkelig effektivt, men de velger selv formen for sanksjoner. I **Sak C-382/92, EU-kommisjonen mot Storbritannia**, som gjaldt brudd på drøftelsesplikten ved virksomhetsoverdragelse, uttalte retten seg om hvordan medlemsstatene burde behandle brudd på drøftelsesplikten. Domstolen henviste til art. 6 i masseoppsigelsesdirektivet, som sier flg.:

”Medlemsstatene skal påse at arbeidstakernes representanter og/eller arbeidstakerne har adgang til forvaltnings- og /eller domstolsbehandling som sikrer at forpliktelsene fastsatt i dette direktiv oppfylles”.

De uttalte videre at selv om medlemsstatene står fritt med hensyn til valg av sanksjoner, har de ansvar for at overtredelser av fellesskapsbestemmelsene sanksjoneres på samme måte som de nasjonale reglene av samme art og grovhet. Effektivitet, forholdsmessighet og avskrekkende virkning var viktige momenter for sanksjonene.¹⁴⁷ Dette vil altså være krav som stilles til de sanksjonene av brudd på § 15-2 som foreligger i norsk rett. Kommisjonen kom til det resultat at de gjeldende sanksjoner fastsatt i den britiske lov ikke virket tilstrekkelig avskrekkende.

Hovedavtalen mellom LO og NHO har en egen sanksjonsbestemmelse som kan påberopes ved påståtte grove brudd på enkelte av bestemmelsene om informasjon og konsultasjon av tillitsvalgte.¹⁴⁸ Dersom informasjons- og drøftingsplikten ikke har blitt gjennomført på tilfredsstillende måte, og sannsynligvis har ført til feil i bedriftens beslutninger, vil det føre til at domstolene finner en oppsigelse urettmessig.

Alle oppsigelser er beskyttet av saklighetskravet i § 15-7, så dette gjelder også oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold. Retten kan avgjøre om oppsigelsen er saklig begrunnet dersom det skulle være omtvistet, og retten har full kompetanse til å etterprøve både om det foreligger saklig grunn for oppsigelser, og i tilfelle om utvelgelsen av de oppsagte er saklig.

Det skal normalt mye til for at retten finner beslutninger om oppsigelser som usaklig. Momenter i vurderingen er om oppsigelsene kommer som følge av grundige overveielser og bedriften må bevise at de har forsøkt/vurdert andre kostnadsbesparende tiltak før oppsigel-

¹⁴⁷Sak C-382/92, premiss 55

¹⁴⁸ NOU 2004:5, 12.2.7

ser. Det skal som vi ser av rettspraksis være relativt store feil i saksbehandlingen før en oppsigelse blir kjent ugyldig

6.4 Straff jf. aml. § 19-1

Aml. §19-1 har hjemmel for straff for den som overtrer bestemmelsene i loven. § 19-1 (4) unntar reglene i kapittel 14 og 15 om oppsigelses vern fra straffebestemmelsens virkeområde. Vil den da også gjelde brudd på informasjons- og drøftingsplikten i § 15-2?

I forarbeidene ved gjennomføringen i norsk rett poengteres det at selv om straffebestemmelsene ikke gjelder for reglene om oppsigelsesvern, berører ikke dette unntaket aml. §15-2 da bestemmelsen ikke en regel om oppsigelsesvern, men en regel om informasjon ved masseoppsigelser.¹⁴⁹

Forarbeidenes uttalelser om at masseoppsigelsesreglene er regler om informasjon og drøfting ved masseoppsigelser og ikke regler om oppsigelsesvern taler for at overtredelser av aml. § 15-2 kan straffes. Dette er neppe like sikkert i dag som det var da de første forarbeidene ble skrevet, særlig med tanke på den utvikling som har skjedd med **Junk-saken**.

7 OPPSUMMERING/ KONKLUSJON

Et av hovedformålene med bestemmelsen er at drøftingene skal bidra til å søke å unngå masseoppsigelser eller å redusere antall oppsigelser. Jo tidligere de ansatte kommer med i drøftelsene, jo større sjanse er det for å få til et resultat som både arbeidsgiver og arbeidstaker kan leve med. Selv om oppsigelse er uunngåelig, vil en reell drøftelsesprosess

¹⁴⁹ Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s.12

ha gitt alle parter verdighet i form av å ha blitt hørt og sett, og partene vil få en mer forutsigbar fremtid.

Jfr. Hovedavtalen § 6, fremheves tiltak, støtte til omplassering eller omskolering. Poenget er å «*lette følgene av oppsigelsene ved å anvende tilhørende sosiale tiltak, særlig med sikte på bistand til omplassering eller omskolering av oppsagte arbeidstakere.*»

I forarbeidene til omstillingsloven¹⁵⁰ har de understreket at meldeplikten ikke skal påvirke styringsretten eller driften til virksomheten. Et godt samspill i form av styrket dialog mellom det offentlige og private kan i departementets syn bidra til å sikre arbeidstakernes interesser, så vel som lokale og regionale hensyn som å hindre fraflytting og ta vare på arbeidsplasser. Den samfunnsmessige nytten av disse reglene blir vektlagt i forarbeidet, og selv om dette ikke er direkte uttalt i EU-direktiv eller arbeidsmiljøloven er det naturlig å konkludere med at dette er det overordnede formålet med stillingsvernsreglene. Stabilitet og forutsigbarhet i arbeidslivet er viktige faktorer i alle samfunn, store som små.

Masseoppsigelsesdirektivets uttalte hovedformål er å styrke arbeidstakernes vern ved oppsigelse av flere arbeidstakere. Ut fra rettspraksis og gjeldende lovgivning i Norge og andre EU-land, er det tydelig at Direktivet har hatt stor betydning for stillingsvernet. Men i mange tilfeller opplever jeg også at Direktivets regelverk ikke strekker seg langt nok. For hver sak som kommer opp for EU-domstolen, er det sannsynligvis et utall nasjonale dommer som muligens kommer til rette resultat, men som følger nasjonale regelverk hvor det mangler de nødvendige sanksjonsmuligheter. Jf. Direktivets art. 6 er det opp til hvert land å sikre «*at arbejdstagernes repræsentanter og/eller arbejdstagerne har adgang til administrative og/eller retslige procedurer.*» Dette kan skape ulik rettstilstand i medlemslandene (noe vi ser av rettspraksis i bl.a. pkt. 6.3), når EU i stedet søker å skape en tverrnasjonal dimensjon. Samtidig er det ikke et mål å harmonisere oppsigelsesreglene, men å utfylle dem, jf. fortalet til Direktivet punkt 17.

¹⁵⁰ Ot. prp. nr. 27 (2007-2008) 5.1.3

Det er en større tendens i samfunnslivet til omstilling i dag enn tidligere. Enhver arbeidstaker må belage seg på å måtte være mer fleksibel i forhold til sin stilling. De ansatte vil i større grad måtte finne seg i endringer enn det som var tilfellet før. Dette kan for eksempel innebære at det vil være andre eller flere sjefar og kollegaer å forholde seg til enn tidligere.

Det er helt nødvendig for rettssikkerheten til arbeidstakere at loven er klar og tydelig, slik at de vet hvilke regler som skal anvendes på deres tilfeller. Jeg finner at arbeidsmiljøloven er vag med tanke på virksomhetsbegrepet, og at lovgiver med hell kunne innlemmet en klarere definisjon av «*virksomhet*». Arbeidslivslovutvalget i NOU 2004:5, som hadde som oppgave å klargjøre begrepet, mener jeg ikke lykkes. Det viser også rettspraksis, hvor det fortsatt er saker oppe hvor problemstilling er ansvarsforhold i bedriften/virksomheten. Virksomheter er i dag ofte delt i hovedkontor og ulike avdelinger. Når dette er tilfelle, kan arbeidsgiverfunksjonene også være delt mellom flere, eller utøves av ulike personer. For de ansatte vil dette kunne innebære at det blir flere å forholde seg til. Der hvor arbeidsgiverfunksjonene deles mellom flere rettssubjekt, må det likevel være konkrete holdepunkter for at virksomhetsbegrepet skal omfatte mer enn det som følger av loven. Loven kunne med hell vært klarere i sin definisjon av dette begrepet, slik at anvendelsen av de ulike paragrafene hvor begrepet går igjen ville blitt mer enstydig. Muligens burde det også blitt stilt strengere krav til arbeidsgivers redegjørelse for ansvarsforhold i virksomhetene. Arbeidstakers forventning ble gjentatt som et viktig moment i drøftelsene rundt hvem som skulle anses som ansvarshavende, og førte nok til at noen arbeidsgivere ble tatt for å drive en virksomhet til tross for at det reelle forholdet var annerledes. (for eksempel ansvarsforhold mellom mor/datterselskap).

Tatt i betraktning at arbeidsmiljøloven og direktivet har som formål å opprettholde et sterkt stillingsvern for arbeidstakerne, og ser på dem som den underlegne part i arbeidsforholdet, kan det ved tvil være grunn til å tolke virksomhetsbegrepet utvidende. Det vil styrke deres rettigheter, og forplikte arbeidsgiverne til å være nøyere til å konkretisere ansvarsforhold i sine virksomheter.

På den annen side er det et latent spenningsmoment¹⁵¹ angående forholdet mellom de ansatte og personer som ennå ikke har fått arbeid, samt vikarer og midlertidig ansatte. Gjennom oppsigelsesvern, ansiennitetsregler og regler om fortrinnsrett til ny stilling skapes et vern for de personer som er i fast arbeid, men til fortrenghet for andre, bl.a. de yngre og arbeidsinnvandrere. Det er derfor en viss fare for at det oppstår en underklasse på arbeidsmarkedet, med svakere rettigheter enn de fast ansatte.¹⁵²

¹⁵¹ Jakhelln (2007) s.139

¹⁵² Jakhelln (2007) s.139

8 KILDER

8.1 Litteraturliste

BØKER:

- Arbeidsmiljøloven-Kommentarutgave, Fougner m.fl, 2.utgave 2013
- Aagard, Melsom og Weltzien, *Bedriftens personalhåndbok*, 8.utgave, Oslo 2012
- Jakhelln, Gisle og Aune, *arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidstvistloven*, 1.utgave 2012
- Arbeidsrett.no - kommentarer til arbeidsmiljøloven, Jakhelln m.fl., 3.utgave 2011
- Johansen, Stueland, *Arbeidsmiljøloven*, Kommentar og praksis, 2011
- Blanpain, Roger, *Labour Law and Industrial Relations of the European Community*, 2008
- Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4.utgave 2006, 2. opplag 2007
- Omstilling og nedbemanning, Fougner m.fl., 2.utgave, 2007
- Thor-Erik Johansen, *Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold*, 4.utgave, 2006
- Holo, Fougner, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 2006
- Helga Aune, Henning Jakhelln, *Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon*, 2006
- Pettersen, *Arbeidsmiljøloven før og nå*, Oslo 2005
- Fougner, Holo og Friberg, *Arbeidsmiljøloven-Kommentarutgave*, 8.utgave, Oslo 2003
- Ruth Nielsen EF- Arbejdsret, København 1989
- Arbeidsrettslige emner, Evju m.fl, 1979

ARTIKLER:

- Evju, Stein, Informasjon og drøfting som beslutningsvilkår. I: *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 1 Hefte 3 side 263-273, 2005

8.2 Lover

Gjeldende lover:

- 2012 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 27.januar 2012 nr. 9

2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17.juni 2005 nr. 4
2004	Lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) av 10.desember 2004 nr. 76
1993	Lov om luftfart (luftfartsloven) av 11.juni 1993 nr. 101
1992	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) m.v. av 27.november 1992 nr.109
1983	Lov om statens tjenestemenn mm (tjenestemannsloven) av 4.mars 1983 nr. 3
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltingsloven) av 10.februar 1967 nr.00
1958	Lov om offentlige tjenestetvister (tjenestetvisteloven) av 18.juli 1958 nr. 2
1892	Lov om tilsyn med arbeid i fabrikker (fabrikktilsynsloven) av 27.juni 1892

Opphevede lover:

1994	Lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen av 24.juni 1994 nr.41. (Endringslov til aml. 1977).
1992	Lov om endringer i lover på arbeidsmiljø og sikkerhetsområdet m.v. som en følge av EØS-avtalen av 27. november 1992 nr.115. (Endringslov til aml. 1977).
1977	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v (arbeidsmiljøloven).av 4. februar 1977 nr.4
1975	Lov om sjømenn (sjømannsloven) av 30.mai 1975 nr. 18
1947	Lov om tiltak for å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) av 27. juni 1947 nr.9

8.3 Forskrifter

Forskrift av 16. desember 2005 nr. 1567 om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper

Forskrift av 19. oktober 1994 nr. 897 om hvordan retten til utsettelse av oppsigelser ved masseoppsigelser skal nyttes og Arbeids- og velferdsetaten rolle ved slik utsettelse.

8.4 Forarbeider

Ot.prp.nr.54 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)
Ot.prp.nr.27 (2007-2008)	Om lov om meldeplikt ved nedlegging av næringsverksemd (omstillingslova)
Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv
Ot.prp.nr.62 (2003-2004)	Om lov om arbeidsmarkedstjenester
Ot.prp.nr.64 (2001-2002)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (informasjon om ledige stillinger)
Ot.prp.nr.78 (1993-1994)	Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen.
Ot.prp.nr.50 (1993-1994)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
Ot.prp.nr.71 (1991–1992)	Arbeidsmiljøloven av 2005
Ot.prp.nr.41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp.nr.3 (1975-1976)	Arbeidsmiljøloven av 1977
Ot.prp.nr.31 (1935)	Arbeidervernloven
NOU 2012:18	Rett om bord

NOU 2010:1	Medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget
NOU 1996:6	Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.

8.5 Hovedavtalen

Landsorganisasjonen i Norge (LO), Hovedavtalen, LO-NHO 2010-2013. 1. opplag.
Aktietrykkeriet AS, februar 2010.

8.6 EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen). Ikrafttredelse
1. januar 1994.

8.7 EØS-direktiv

2002/14/EF	Rådsdirektiv av 11. mars 2002 om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere i Det europeiske fellesskap
2001/23/EF	Rådsdirektiv av 12. mars 2001 om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overføring av virksomhet, bedrifter eller del av bedrift (virksomhetsoverdragelse)
1998/59/EF	Rådsdirektiv av 20. juli 1998 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning vedrørende masseoppsigelser
1992/56/EØF	Rådsdirektiv av 24. juni 1992 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning vedrørende masseoppsigelser (Opphevet)
1977/187/EØF	Rådsdirektiv av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter i forbindel-

se med overførsel av virksomheter, bedrifter eller del av bedrift
(Opphevet)

1975/129/EØF Rådsdirektiv av 17. februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes
lovgivning vedrørende masseoppsigelser (Opphevet)

8.8 Dommer

HØYESTERETTSAVGJØRELSER:

HR-2011-22393

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2001 s. 418

Rt. 1998 s. 1357

Rt. 1997 s. 623

Rt. 1996 s. 1696

Rt. 1990 s. 1218

Rt. 1996 s. 130

Rt. 1993 s. 954

Rt. 1992 s. 1055

Rt. 1992 s. 776

Rt. 1992 s. 550

Rt. 1990 s. 419

Rt. 1990 s. 1126

Rt. 1981 s. 899

LAGMANNSRETTSAVGJØRELSER:

LA-2004-44309

LB-1999-02678

LF-2003-21015

LH-2003-13169

ARBEIDSRETTSAVGJØRELSER:

ARD 1996 130

ARD 2005 186

EF/EU-DOMSTOLENS AVGJØRELSER:

Sak C-108/10 Ivana Scattolon mot Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca
2011 I-07491

Sak C-44/08 Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry m.fl. mot Fujitsu Siemens Computers Oy.
2009 I-08163

Sak C-187/05 – C-190/05 Georgios Agorastoudis and Others, Ioannis Pannou and Others, Kostandinos Kotsabougoukakis and Others and Georgios Akritopoulos and Others v Goodyear Hellas ABEE.
2006 I-07775

Sak C-188/03 Irmtraud Junk mot advokat Wolfgang Kühnel som bobestyrer for AWO Gemeinnützige Pflegegesellschaft Südwest
2005 I-0000

Sak C-32/02 EU-kommisjonen mot Italia
2003 I-12063

Sak C-55/02 EU-kommisjonen mot Portugal
2004 I-9402

Sak C-250/97 Dansk Metalarbejderforbund mot Lønnsmodtagernes Garantifond
1998 I-087

Sak C-13/95 Ayse Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice
1997 I-01257

Sak C-449/93 Rockfon A/S mot Specialarbejderforbundet i Danmark
1995 I-4291

Sak C-392/92 Christel Schmidt mot Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen
1994 I-01311

Sak C-383/92 EF-kommisjonen mot Storbritannia
1994 I-02479

Sak C-382/92 EF-kommisjonen mot Storbritannia
1994 I-02435

Sak C-284/83 Dansk Metalarbejderforbund mot H.Nielsen & Søn, Maskinfabrik A/S under konkurs og Specialarbejderforbundet i Danmark mot H. Nielsen & Søn, Maskinfabrik A/S under konkurs
1985 I-00553

DANSK RETTSAVGJØRELSE:

Ugeskrift for rettsvæsen for 1990 s. 80 flg.

8.9 Internettsider

Dagens Næringsliv. Frykter bråstopp i norsk økonomi (2013). 17.09.2013

<http://www.dn.no/forsiden/naringsliv/article2683694.ece> (sitert 24.09.2013)

NA24. Masseoppsigelse i Hurtigruten (2013). 28.01.2013.

<http://www.na24.no/article3558592.ece> (sitert 24.09.2013)

Hegnaronline. Masseoppsigelser etter enorme tap (2012). 30.03.12.

http://www.hegnar.no/personlig_okonomi/karriere/article687762.ece (sitert 24.09.2013)

Dagsavisen. Masseoppsigelser i Den Norske Opera (2013). 11.02.2013.

<http://www.dagsavisen.no/kultur/masseoppsigelser-pa-den-norske-opera/> (sitert 24.09.2013)

Arbeidsrett.no. Kommentar til arbeidsmiljøloven § 15-2 av Per Benonisen

<http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/15/3/> (sitert 10.11.2013)

Lovdata. Dommer, lover.

www.lovdata.no

Arbeidstilsynet. Lovspeil gml. og ny arbeidsmiljølov.

<http://www.arbeidstilsynet.no/binfil/download2.php?tid=78673>

